[法史研究反思]

法律的历史叙事与文学叙事（上）

——阅读中国古代法律的视野开拓

徐忠明*

近十年来，我的学术兴趣之一，就是探讨中国传统文学作品中的法律故事，[1]陆陆续续发表了一些尝试性的，或者说是探索性的研究成果，非常粗糙，也非常浅显。这些作品发表出来之后，也听到了一些法史学界同仁的赞赏与担忧。赞赏可以不说。[2]他们的担忧是：法律的文学叙事与法律的历史叙事乃是两种根本不同的叙事样式，利用文学文本检讨中国古代法律文

* 作者系中山大学法律系教授、法学博士。

〔1〕近十年来，我的主要学术兴趣大致包括以下四个方面：中国传统法律文化的类型特征，社会与文化视野中的古代司法实践与社会秩序，中国古代文学中的法律故事，以及中国法律史研究的学术史。

〔2〕这些赞赏主要是，这一研究拓展了中国法律文化研究的史料范围，提出了想像中国古代法律文化的另外一种可能途径和方法——与法律文化大传统相对，它是理解法律文化小传统的可能路径。

化，它的可能性和真实性究竟怎样？不无疑问。这是因为，历史研究的根本旨趣是求真，而文学叙事的根本特色却是想像。对这一基本判断，恐怕不会有人提出反对意见，似乎也无法反对。作为一种学术研究，面对这样的疑问，我必须有所反省，进而作出某些交待。我想，借助这篇博士论文的写作机会，检讨一下自己的初步思考。

首先需要说明的是：从事这一研究的意图，其实非常简单，也许近乎幼稚。自从1989年硕士毕业，我开始讲授中国法律史和法律思想史，我的一个感觉是，让那些中学刚刚毕业就来接受“人为建构”〔3〕程度很高的法律教育的莘莘学子研习已经成为历史、而且离我们已经非常遥远的法律制度和法律思想，不仅非常困难，而且可能枯燥乏味。所以我想，中国古代文学中的法律故事，或许可以帮助学生提高学习兴趣，理解学习内容。但是，随着时间的推移，我的思考有所发展，也有所改变。我以为，中国古代文学中的法律故事不仅可以提高学生的学习兴趣，而且可以激发他们对于法律的想像力与理解力，可以听到一种有关法律的不同叙事，甚至可以培养出一种对于法律的批判意识。〔4〕

〔3〕在我看来，由“法言法语”之类的“术语”所构成的法律知识，与社会生活的日常知识相比，乃是一种非常不同的知识体系，譬如“人”这一概念，在法律上有着非常独特的内涵。有关的例子，参考【日】星野英一著，王闯译：“私法中的人”，载梁慧星主编：《为权利而斗争》，中国法制出版社2000年版，第327—376页；赵晓力：“民法传统经典文本中‘人’的观念”，载《北大法律评论》，法律出版社1998年第一卷第一辑，第130—142页；谢鸿飞：“现代民法中的‘人’”，载《北大法律评论》，法律出版社2000年第三卷第二辑，第128—158页。故而“法律帝国”其实是对“日常生活世界”的一种人为建构，没有经过专业的训练根本无法理解其中的奥妙。

〔4〕事实上，中国古代文学中的法律故事不仅是法律的一种叙事，而且也是一种批判。

对这一课题的研究，我觉得，很有必要在学术史与方法论上予以深入的检讨。因为我的问题意识是从中国传统法律文化研究的学术史与方法论里衍生出来的。

一、过去、现在与未来

中国传统的文人学者向来重视学术研究的源流与师承。在他们看来，之所以产生“学问之苟且”的现象，是由于“源流之不分”的缘故；一旦“类例既分”，就会取得“学术自明”[5]的效果。因此，也就比较重视“辨章学术，考镜源流”[6]的工作。我觉得，所谓“学术”两字，无非是指研究学问的“道理”的意思。只有通过这个“道理”，我们才能窥见学术发展的内在脉络和基本走向，才能了解知识积累与增长的原因，才能认清学术研究的规范及传统。这样，对于学术研究“范式”的成因，我们才能了然于心。由此，我们才能形成自己的学术研究的问题意识，从而推动研究范式的转变和创新。[7]基于这一考虑，本稿拟对“中国古代法律文化”[8]的研究范式作一梳理与评论，以见源流

---

〔5〕【宋】郑樵：《通志·校雠略》。

〔6〕【清】章学诚：《校雠通义》卷一。

〔7〕这也是美国著名科学哲学家柯恩在“*The Structure of Scientific Revolution*”(*Chicago*,1962)一书里有关“范式”问题所要阐明的基本道理。当然，柯恩的“范式”概念非常复杂，这里不便详述。

〔8〕这里，我想说明两点：一是我之所以把时间锁定在“古代”，首先是因为它能够容纳中国古人关于法律制度与法律文化的叙事；其次是因为中国古代的法律制度及法律文化与西方有着根本性的差异，以便解析现代学者在研究中国古代法律制度和法律文化时面临的知识上的困境；再次是因为本稿的研究对象“包公故事”不仅在时间上属于古代范围，而且涉及的法律知识和法律问题，也属于古代范围。二是我之所以用“法律制度”和“法律文化”来表述，是试图表明，研究中国古代的法律制度及法律文化，不仅包括国家颁布的正式法或国家法，而且还包括非正式法或民间法构成的各种制度，乃至包括法律思想、法律意识、法律心态等等。当然，考虑到本稿是以“包公故事”为研究对象，所以，在下面的讨论里，我将会讨论中国古代法律文化研究的某些问题，以及我所采用的研究姿态和研究方法。

与脉络。

古典传统

作为人类“认识自我”的一条基本途径的历史叙事，早在史前时代即已产生，它的基本形式就是神话传说。[9] 众所周知，中国文化是一个特别注重历史的文化，存留至今的各种典籍，主要也是历史文本。清代学者章学诚《文史通义》开卷所谓“六经皆史”的提法，颇为精要地向我们揭示：构成中国文化传统的基

---

〔9〕与其他文明相比，早期中国“历史”叙事的神话色彩比较淡薄。随着“人”的觉醒与“德”的张扬，至少在西周以后，中国古代的神话叙事的历史化、人文化及道德化“性格”渐次突显，成为之后中国历史叙事的一个基本特色。有关的讨论，参见谢选骏：《神话与民族精神》，山东文艺出版社 1986 年版。这种神化的“历史化”叙事，在一定程度上造成两者之间的纠葛和混淆。据此，20 世纪早期兴起的“古史辨”运动，旨在重建中国上古的历史；在我看来，这一运动的“疑古”特征，在某种意义上也是一次“对历史去神化化”的学术研究运动，亦即清理“神化”与“历史”之间的纠葛和混淆。有关“古史辨”运动的详尽检讨，参见王凡森：《古史辨运动的兴起》，台湾允晨文化出版公司 1987 年版。如今，学者提出“走出疑古时代”则是在新的考古资料的支撑下，重建上古的信史。李学勤提出“走出‘疑古时代’”的口号，就是一个例证。参见李学勤：“走出‘疑古时代’”，载《中国文化》1992 年 11 月第七期。但是另一方面，中国历史的神化因素始终没有清除殆尽，历代“正史”不乏神化的因素，特别是有关帝皇和达官贵人的诞生故事，往往笼罩着一层“神化化”的神秘色彩。事实上，要真正做到“去神化化”是非常困难的。在我看来，历史叙事也许永远无法摆脱“神化化”的入侵。近代以来，我们对太平天国运动、义和团运动、五四运动以及“文革”运动的叙事，多多少少羼杂着一定程度的“神化化”因素。

本经典——六经，原本都是一些记载政治运作的档案文献。[10]值得指出的是，它们之所以成为经典，乃是后人“建构”的产物，与顾颉刚所谓“层累造成历史”[11]的理论正相一致。其间，儒家宗师孔子对“六经”的厘定实有根本性的重要意义。[12]作为一种结果，这些经典文本不仅成为中国古代思想史与学术史的基本源泉及诠释对象，而且对中国古代法律制度史、法律文化史与历史编撰法产生了意义深远的影响。[13]事实上，它们已经成了中国古人评判一切的基本标准。或许，这是人类文化史上的一

---

〔10〕对于章学诚“六经皆史”的提法，一般学者每每作出望文生义的解释。对此，著名历史学家钱穆先生曾经作过辨正。他指出：六经只是中国古代政治实际运作遗留下来的一些东西，它们都是“官书”。也就是说，六经都是当时衙门里的档案，叫做“史”；而掌管这些档案的官吏，也叫“史”。换句话说，此“史”字，犹如说“书吏”；而他们掌管的这些档案，也就叫“掌故”。这就是《汉书·艺文志》所谓的“王官之学”的意思。参见钱穆：《中国史学名著》，北京三联书店2000年版，第254—257页。在我看来，钱穆先生的这一解释，其实也是出自章学诚《文史通义》“释史”的讲法。参见章学诚：《文史通义》，辽宁教育出版社1998年版，第134—137页。关于中国早期“史官”的概括讨论，参见牛润珍：《汉至唐初史官制度的演变》，河北教育出版社1999年版，第1—16页。

〔11〕对此问题的专门讨论，参见顾颉刚：“与钱玄同先生论古史书”，载《古史辨》第一册。著名历史学家杨宽先生在“中国上古史导论”曾设“论层累造成论”一节进行专门讨论，参见《古史辨》第七册上。

〔12〕详尽的讨论，参见匡亚明：《孔子评传》第八章，齐鲁书社1985年版，第322—356页。

〔13〕即使从方法论的角度讲，经学对于“律学”的影响也是不可忽略的。譬如汉儒从“解经”到“注律”的学术取经，尽管不乏谋求“政治霸权”及“文化霸权”的意图，不过我们还是应该承认，对于律学的最终形成，儒家掀起的那场法律解释运动实有根本性的作用。再如《唐律》的“疏议”同样是“经学”研究方法在“疏议”中的延伸。顺便指出，魏晋以后“义疏学”的产生，还受到了佛教经典解释方法的启发。对此问题的讨论，参见董洪利：《古籍的阐释》，辽宁教育出版社1993年版，第1—12页、第238—240页。

个独绝特色。就此而言，经典原本就是历史叙事，而历史撰述又要以经典为归依。正是基于这样的理解，我认为，如果我们意欲检讨中国古代法律制度和法律文化的历史叙事“范式”，那就必须首先把握这一历史撰述的“义例”。可以这么说，这种以“经典”为归依的历史叙事范式，实际上已经成为历史撰述合法性和正统性的前提条件；与此同时，也决定了历史应该“写什么”与“怎么写”的基本原则，以及对于历史人物和历史事件如何裁断的评判标准。孔子删定“六经”——特别是被学者誉为中国“破天荒”第一部正式历史著述的《春秋》，之所以备受后人尊奉，根本原因就在于此。尽管有人批评《春秋》只是一部支离破碎的“烂断朝报”而已，但是无论如何，孔子的“笔削”确实也为中国古代的历史撰述创立了一种“义法”准则，注入了一种可以称之为历史精神的东西。在我看来，这一精神就是历史叙事的“道德主义”取向。

就中国古代的历史叙事宗旨而言，官方正史特别“关注”帝王将相的政治活动，无论纪事体、编年体、纪传体都不例外。如此一来，不仅“奉诏修史”是正宗，具有正当性和合法性；而且身为官方历史学家，他们必然会把眼光“凝视”在朝廷与衙门。事实上，由这种“关注”和“凝视”而产生的官修史籍，只是为了实现“资治通鉴”之目的。因此，历史叙事实际也是一种“政治话语”实践。随之而来的是，正史有关典章制度的记载，也就必然要以政府颁布的各种礼乐律令为范围。换句话讲，只有国家

法才是官方历史撰述的基本对象，而民间法则付诸阙如。[14] 这是中国古代法律制度的历史叙事的一个范式特征。这种对于国家法特别“垂注”的历史撰述姿态，固然与法律制度的特性密切相关，但是未尝不与官方历史学家突出“资治通鉴”的政治用心有关。这种心态至今犹然。[15]

另外，从中国古代的政治哲学来看，尽管一贯提倡“有治人，无治法”的信条，但是对于法律制度的重视，与其他古代国家相比似乎并不稍让。[16] 在我看来，自《尚书》洎《史记》以下的正史系统，不乏对于法律制度的精要记叙；从《通典》到《通考》所谓“十通”的宏篇巨帙，更有对于历朝历代的法律制

---

〔14〕在这个意义上，现代学者把研究中国古代法律制度史和法律文化史的眼光集中在“大传统”层面，也是情有可原的；毕竟，遗留至今的有关法律史料，主要就是这些。不过，随着司法档案史料的利用，有关小民百姓的法律生活和法律意识的研究，也渐次有了某种可能。需要指出的是，这些档案记载的叙事姿态和叙事视角，还是官方的。我觉得，真正具有民间意义的法律叙事、文学作品也许是最有特色的。

〔15〕当然，研究历史的“资用”价值，也是历史得以存在的一个理由。这一问题，下面再说。

〔16〕有人认为，中国古代是一个“重人治，轻法治”的社会。在一般意义上，这种说法是对的。但是，如果我们深入考究一番，就会发现，其实中国古代的帝皇将相都是非常重视法律制度的建设的。而真正的问题似乎在于：如何运用法律制度，亦即法律制度的运作机制。换句话说，在中国古代，守法者是官、是民，而非皇帝；执法者主要是官，而非民；立法者是皇帝，而非官、非民。这样一来，中国古代的“法治”也就必然面临自我“解构”的危险，亦即谁来制约皇帝？以及靠什么来制约皇帝？还有，由于重视“情理”的平衡作用，法律的确定性和可预测性就遭到了破坏。由此，中国古代“法治”与现代法治显示出了根本性的差异。这一情形的背后，就是文化取向与社会构造。这里不便详述。

度的详述博考。[17] 通过这些文本记载，我们不仅可以了解中国古代的经济、政治、社会、思想的方方面面，而且可以探究中国古代的官僚士人关于法律制度的种种意见。在我看来，其中不仅拥有研究法律制度的珍贵材料，也是拥有研究法律文化的丰富宝藏。这一问题，至今尚未引起学者应有的重视。

那么，中国古代的官僚士人又是怎样从事法律制度的历史撰述的呢？[18] 为了避免行文枝蔓，兹以《通典》为例，结合正史稍加分析，以期说明这一历史叙事范式的特征。

从基本内容看，杜佑的《通典》非常详实地描述了当时中国社会的各种法律制度；就撰述体例言，它很好地展现出那时官僚士人的法律思想的一些基本特色。这从《通典》的“目录”可见一斑。它们依次是：食货、选举、职官、礼、乐、兵、刑法、州郡、边防九个门类。透过《通典》的这一叙事结构，我们可以看出：第一，杜佑似乎认为“食货”问题是一切社会与政治赖以存在的基础，也是“先养而后教”这一中国古代政治法律思想的体现。第二，虽然中国古代实行皇权政治体制，不过这一体制必须依托官僚机构方能运作起来；据此，官僚选拔与官僚职权的厘定，实为不可或缺的前提条件。第三，中国古代社会信奉礼治主义，故而“礼”的内容极为丰富，节目非常复杂，以致杜佑要用

---

〔17〕 国内学者在谈论中国古代法律制度史的撰述时，往往以《汉书·刑法志》为开端，特别留意历代刑法志的价值。这种意见，实际上是渊源于“中国古代刑就是法”的狭隘观念，不足为训。在我看来，正史里的食货志、选举志、职官志等，都与法律制度有关；而《通典》之类，更是法律制度的专门著述。可以这么说，食货志、选举志、职官志、刑法志属于法律制度的专史，而《通典》之类则属于法律制度的通史。

〔18〕 当然，中国古人没有“法律文化”这样的学术概念，但是，他们对法律制度的叙事不乏文化的眼光。即使像《唐律》的“疏议”这种官方的法律解释，字里行间也渗透着文化的信息。

一半的篇幅（如果加上"乐"那就篇幅更大）加以叙述。第四，中国古代的官僚士人一向标榜"先礼而后刑"的思想，并有"刑起于兵而止于礼"的观念，故而，杜佑讲完"礼·乐"制度之后，接着就来讨论"兵·刑"制度。作为"礼主刑副"思想的体现，礼有百卷，而刑才八卷，主次轻重一望可知。第五，所谓"内中华而外夷狄"与"安内必先攘外"的观念是古代中国的基本传统，因此先"州郡"后"边防"的安排也是非常自然的事情。[19]这样一种编撰方法，极其微妙地体现出一种文化的视角，乃是我们必须予以措意的。

作为一种关于法律制度的历史叙事范式，杜佑的《通典》究竟有何理论意义？是否具有普遍性抑或代表性？在我看来，它是中国古人对于法律制度知识的基本分类方式，与秦汉以降的法典编撰传统相同。对此，我们可以拿《通典》与《唐律》作一比较。首先，《唐律》作为一部被誉为"一准乎礼"的样板法典，它所贯穿的"先礼而后刑"的精神已是古今学者的共识。[20]其次，《唐律》除了首篇"名例"以外，依次为：卫禁、职制、户婚……诸篇。这一编撰结构表明，它的核心在于维护皇权、选拔

---

〔19〕对于这部制度通史的结构特点，钱穆先生已有解说。参见前揭《中国史学名著》，第146—154页。

〔20〕有关这一问题的综合性的讨论，参见徐忠明："唐朝法律的特点及其历史地位"，载陈鹏生主编：《中国法制通史·隋唐》，法律出版社1999年版，第687—690页。关于《唐律疏议》"礼法结合"的实证分析，参见刘俊文："唐律与礼的关系试析"，载《北京大学学报》（哲社版）1983年第五期、第十期；"唐律与礼的密切关系例述"，载《北京大学学报》（哲社版）1984年第五期、第九期；高绍先："〈唐律疏议〉与中国古代法律文化"，载《现代法学》1997年第二期；张文昌："〈唐律疏议〉与'三礼'"，载高明士主编：《唐律与国家社会研究》，台湾五南图书出版有限公司1999年版，第23—71页。

官僚、厘定职权、控制臣民、征收赋税，等等。[21] 可见，除了篇目次序微有调整，《唐律》与《通典》的撰述体例并无根本差异。即使体例有过重大调整的《明律》——按照中央“六部”官制编撰而成，首篇“名例”之外，以下吏、户、礼、兵、刑、工诸篇细目的次第，也与《通典》非常相似。[22] 我们再拿《汉书》这部中国历史上第一次“奉诏”撰述的官书与《通典》作一比较，结果同样可以发现：有关法律制度的部分还是“先礼乐而后刑法”的布局——律历志、礼乐志、刑法志、食货志……等等。稍有不同的是，“食货”被安排在“刑法”之后。[23] 我们再来检视作为最后一部正史的《清史稿》，有关法律制度的内容编排如下：天文、地理、礼、乐、选举、职官、食货、兵、刑法……。这一体例与《通典》也是大同小异。据此，我认为《通典》体现的中国古代法律制度的历史叙事范式，具有一定的普遍性或者代表性。

综上所述，我们可以得出一个初步的判断：根据中国古代法

〔21〕关于《唐律》结构特点的详尽讨论，参见前揭：《中国法制通史·隋唐》，第694—701页。

〔22〕自然，近代律学大师沈家本早就说过《明律》“以六曹分部，古来律式为之一变”的话。沈家本：《历代刑法考》，中华书局1985年版，第1783页。所以，对于我的这个说法，学者可能感到有些不解。但是，如果我们考察一下《明律》的细目，即可明白。这一细目如下：吏律有职制、公式两节，户律有户役、田宅、婚姻、仓库、课程、钱债、市廛七节，礼律有祭祀、仪制两节，兵律有宫卫、军政、关津、厩牧、邮驿五节，刑律有贼盗、人命、斗殴、骂詈、诉讼、受赃、诈伪、犯奸、杂犯、捕亡、断狱十一节，工律有营造、河防两节。据此，大家可以拿来与《通典》的细目作一比较，结果可以发现《通典》的细目更加具体，有关礼的内容更加丰富，而《明律》则相反。

〔23〕司马迁的《史记》作为中国第一部正史，开创了“列传体”的撰述范式，对于后来的历史撰述产生了深刻的影响；但是有关法律制度的撰述，似乎不如《汉书》详实，也没有《汉书》有影响。

律制度的知识类型，历史学家撰写出了食货志、选举志、职官志、礼乐志、刑法志、天文志[24]之类的著作。这套法律制度的知识类型，与我们现在用来研究中国古代法律制度的西方那套知识类型——民法、刑法、宪法、经济法、行政法、诉讼法等等，有着根本性的差异。而在这种差异的背后，蕴涵着中西法律文化的“类型”的区别，并非“枝节”的不同。故而，这种法律制度的历史编撰样式，实际上透显出一种法律制度的文化理念与价值取向。

范式转变

在中国的历史语境里，前面提到的研究范式基本上满足了中国古人对于法律制度的历史思考，并且形成了一种颇为独特的历史叙事范式。然而，及至鸦片战争，国门洞开，一种与中国固有法律文化“异质”的西方法律文化“侵入”中国。[25]随着这种法律思想启蒙运动的掀起、法律制度改革的推展，西方的法律话语系统、法律制度迅速取代中国固有的法律话语和法律制度。在这样一种格局里，中国法律制度的历史叙事范式开始出现断裂。换句话说，如今学者开始用西方（先是大陆法系，后是苏联法律模式）的法律分类模式、法律术语、乃至历史编撰方法来“重构”中国古代的法律制度，以及“考量”中国传统法律文化的类

---

〔24〕顺便说明，“天文志”在中国古代并非一般意义上的天文学，它的政治作用非常突出。对此，学者已有专门的研究。参见江晓原：《天学真原》，辽宁教育出版社 1991 年版；江晓原：《天学外史》，上海人民出版社 1999 年版。在这个意义上，我认为“天文志”的制度意义也是不可忽略的。

〔25〕关于西方法律知识“东渐”情形的讨论，参见王健教授的以下三书：《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》，中国政法大学出版社 2001 年版；《中国近代的法律教育》，中国政法大学出版社 2001 年版；《沟通两个世界的法律意义——晚清西方法的输入与法律新词初探》，中国政法大学出版社 2001 年版。

型特征——早期关于“中华法系”的讨论，即是例证。这种关于中国固有法律制度的历史撰述活动，迄今已有百年的历史。其间，取得的成绩固然骄人，但是问题也不少。为推动学术研究计，认真总结、反省批评，都是不可或缺的工作。

有关中国古代法律制度的“现代叙事范式”的确立，一般认为沈家本是一个关键性的人物。这种“关键”意义，不仅在于沈家本采用了中国传统史学家及律学家研究法律制度的观念和方法，而且在于吸收了西方近代法学的某些观念和方法。因此，沈家本既是中国传统法律制度史学的总结性人物，又是中国现代法律制度史学的奠基性人物。[26] 这一评断是比较中肯的。但是，也不必讳言，从沈家本的中国古代法律制度研究来看，他的基本方法还是传统的“经学”方法；他的裁断标准，也基本上没有超出传统的“仁政·德治”思想藩篱。再者，尽管沈家本有关中国古代法律制度的知识极称淹博，[27] 但是，他对于中国古代法律制度的某些现代解读，不乏连类比附的弊病，而且缺少自觉的省察。其后，一批接受现代法律训练的学者，更加自觉地援用西方法律制度的知识类型与研究方法“重构”中国古代法律制度的情

---

〔26〕 参见刘广安：“二十世纪中国法律史学论纲”，载李贵连主编：《二十世纪的中国法学》，北京大学出版社1998年版，第67—68页。杨鸿烈先生称赞沈家本是既精通中国法系又明白欧美日本法律的一个近代法律大家，不仅中国法系全在他手里承前启后，并且又是媒介东方西方几大法系成为眷属的一个冰人。参见杨鸿烈：《中国法律发达史》，上海商务印书馆1930年版，第872页。在我看来，此乃过誉之辞。

〔27〕 一部《历代刑法考》（中华书局1985年版）150余万言，即是明证。

形渐次突出，最终成为一种支派性或主导性的研究范式。[28]

20世纪前期从事中国古代法律制度研究的学者，杨鸿烈和陈顾远可以说是最有代表性的人物。先说杨鸿烈。就杨鸿烈的中国古代法律制度研究而言，无疑以《中国法律发达史》和《中国法律在东亚诸国之影响》。[29] 为代表。前书出版之后，颇受学者的赞誉。譬如著名汉学家李约瑟博士认为：关于中国法律史研究，最好的中文专著当推杨鸿烈的《中国法律发达史》和《中国法律思想史》两书。[30] 那么杨鸿烈的这部《中国法律发达史》何以获得学者如此的褒扬？它究竟给我们后人留下了一些什么呢？概括地说：一是该书的研究方法，二是该书的丰富资料。杨鸿烈在"导言"里提出他的研究方法有三：第一是沿革研究，以考察中国法律演进为目的；第二是系统研究，以揭示中国法律原理为目的；第三是法理研究，以检讨中国历代法家思想为目的。[31] 仔细考究起来，我觉得，杨鸿烈标举的这些研究方法取得的成就固然超越前人；可是，坦率地讲，问题也不少。也就是说，法律的历史演进、法律蕴涵的原理（礼教）、法律背后的法理（思想）三者之间并没有达到融会贯通与相互解释的效果，倒

---

〔28〕 有关的讨论，参见王志强："略论本世纪上半叶中国法制史的研究方法"，前揭李贵连主编：《二十世纪的中国法学》，第321—238页；前揭刘广安：《二十世纪中国法律史学论纲》，第67—87页；更为详尽的讨论，参见韩秀桃："二十世纪中国法制史学发展概述"，中国法律史学会2000年年会论文，打印稿。

〔29〕 杨鸿烈：《中国法律在东亚诸国之影响》，上海商务印书馆1937年版。

〔30〕 参见【英】李约瑟：《中国科学技术史》第二卷"科学思想史"，科学出版社、上海古迹出版社1990年版，第559页。当代学者也有类似的评判，参见前揭刘广安：《二十世纪中国法律史学论纲》。

〔31〕 参见前揭杨鸿烈：《中国法律发达史》，第8—10页。我以为，在抽象意义上，杨鸿烈标举的三点研究方法还是很有理论价值的；然而在具体研究过程中，他的运用则是不太成功的。

是有点各不相干的味道。在具体做法上，每个章节开始各有一段简略的评论性解说；接着，便是在现代法律知识分类框架下编排中国古代法律制度的相关资料；最后，就是摘录若干重要思想人物的法律言述。[32] 说到资料丰富，自然是事实。然而除了按照现代法律知识体系分门别类胪列中国古代的各项法律制度以外，杨鸿烈对于两者之间的隔膜没有给予必要的解释。这样一来，古代中国与现代西方这两种法律制度的知识类型之间，也就没了进行必要的反省检讨与交流对话的可能。诚如学者指出的那样：杨鸿烈先生身处五四之后“整理国故”运动的时代浪潮，也不免有“美人胡为隔秋水”的彷徨，对西方法学思想究竟与传统法律观念有何重大的不同之处，未能有深层的叙述，引用西方学者言论，虽然尚未达到“尊西人若天帝，视西籍如神圣”的程度，但是力图透过西方的价值观点来评判既有传统观念的得失随处可见。[33] 故而以事后“高明”的眼光看，这种研究的学术价值恐怕已经有限。[34] 至于杨鸿烈的《中国法律在东亚诸国之影响》一书，如果仅仅从资料角度着眼，我们必须坦白承认，迄今尚无

〔32〕这种安排倒是值得称道，因为，它在一定程度上已经“超越”或者说“打通”法律制度与法律思想的界限，从而形成某种法律制度与法律思想之间进行相互解释的途经和可能。就此而言，倒有某种文化研究的色彩。可是，一如上文已经指出的那样，在实践中并没有充分的解说和分析。

〔33〕李玉玺：“评杨鸿烈先生著〈中国法律思想史〉”，载台湾中国法制史学会主编：《法制史研究》创刊号 2000 年 12 月，第 198 页。李玉玺的评论，对杨鸿烈的《中国法律发达史》同样适用。

〔34〕我觉得，尽管我们已经无法完全摆脱西方法律知识的“认知控制”的尴尬，但是，努力争取在现象学意义上“面对实事”，对中国古代法律文化抱一种“了解之同情”的姿态和立场，还是非常必要的。如果一味按照西方法律知识“编排”中国古代法律材料，那么，怎样真正进入中国历史呢？又如何对她作出切实有效的解释呢？故而，在研究过程中，寻求两种知识之间的相互解释与平衡，也许是必要的。

如此“博雅”的著述问世。就此而言，该书的学术地位依然不可动摇，我所见到的同类研究依然无法与之比肩。但是，这本号称“中国法系研究”——法律体系的“类型研究”的著作，除了广征博引当日诸家学说与相关法律资料之外，杨鸿烈似乎没有提出什么富有“原创性”的独到见解，也没有进行与类型研究相称的“方法论”的必要思考。在我看来，就处于草创时期的中国法系研究而言，学者必须首先追问：究竟什么是构成中国法系的类型要素？究竟什么是构成中国法系的基本原理？还有，作为中国法系的“家族成员”除了基于影响而产生的“家族类似”现象又有什么各自的独特之处？除了基于法律文本移植而产生的共同之处，在实践上又有什么差异？如此等等，都是学者必须予以考虑，作出合理解释的题中应有之义。尽管杨鸿烈在“导言”里就“中国法系”作了很多解释，但是并不透彻。[35] 如若与梁漱溟《中国文化要义》——中国文化的“类型研究”相比，[36] 杨鸿烈的研究也就显得有点令人遗憾。或许正如书名所示，它只是一部“影响”研究的著述。如果这样的话，那么该书的理论价值也就大为降低了。当然，我们可以退一步讲，每个学者都有自己的研

〔35〕参见杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国的影响》，中国政法大学出版社1999年版，第1—22页。

〔36〕在我看来，梁漱溟的《中国文化要义》（成都开明书店1949年版）才是一部真正称得上“文化类型”研究的经典之作。在这本著作里，梁漱溟对中国文化类型特征的把握颇为精到，对中国文化意义结构的体悟也极为深刻。即使到了今天，有关中国文化类型研究的著述仍无出其右者。再如，费孝通先生的《乡土中国》（上海观察社1947年版）也是一部深入浅出，且极具洞察力的类型研究佳作。我觉得，作为一种富有理论意义的中国法系研究，必须同样置于文化类型的视阈予以阐释。只有这样，我们才能把握它的意义结构与法系特征。恕我直言，杨鸿烈似乎没有真正理解“法系”研究应该具备的方法。或许，我的这一评论过于苛刻，与我自己认同的“了解之同情”的观点自相矛盾。

究兴趣，每部著作都有自己的学术任务，因而博辑法律史料也是一项基础性的工作。[37]

再说陈顾远。相对而言，陈顾远的中国古代法律制度研究要比杨鸿烈来得成功，也比杨鸿烈的著述更有生命力和影响力。[38]历史已经证明了这一点。原因何在？这是因为陈顾远的研究更具反思意识，更有批判精神，并且对于研究方法也有自觉的检讨。陈顾远在讨论研究方法时，并非直接提出用什么方法来研究中国古代法律制度。他是从反思、批判的角度检讨研究方法的。在《中国法制史》的第一部分里，陈顾远首先厘定了研究对象“法制”的范围，如果与“序”有关“法制”的界定参观，我们可以了解陈顾远的理论思考。同时，还检讨了研究中国古代法律制度的基本进路——史料审查与历史分期。接着，分析了中国古代法律制度之“变与不变”的考量依据。然后，概括了中国古代法律制度的“类型特征”——中国法律制度与儒家、家族、阶级（等

---

〔37〕顺便一提，杨鸿烈的《中国法律思想史》（上海商务印书馆 1936 年版）也是一部长于史料整理而短于思想阐释的作品。拿来通读一过，我甚至觉得杨鸿烈的研究似乎并没有真正“进入”法律思想本身。因为在我看来，思想研究重在理解和体悟，要在提炼和阐释；另外，对于思想演进的内在理路——历史逻辑与思想本身的内在结构——理论逻辑的梳理和解释也是必不可少的。而杨鸿烈的著作，恰恰缺乏这种品味。

〔38〕以现在的眼光看，杨鸿烈的研究价值主要有二：其一是整理的某些史料，尤其是《中国法律在东亚诸国的影响》提供的史料；其二是成为中国古代法律制度学术史的研究对象，他的学术观点已经很少被学者征引。而陈顾远的研究的典范意义至今尚未消失，他的研究方法与具体观点依然受到学者的重视。譬如他对中国法系“类型特征”的概括，迄今不失精辟，富有启发意义。参见陈顾远：《中国法制史》（商务印书馆 1934 年版）第一编总论第三章，“中国法制之质的问题”，中国书店 1988 年影印版，第 52—91 页。事实上，瞿同祖的法律社会学研究及后来的法律文化学研究，所得结论与陈顾远非常接近。详见下文。

级）的关系。[39] 最后，胪列了中国古代法律制度的“渊源形式”问题。在第二部分里，陈顾远依次叙述：政治制度，包括组织法、选举法；狱讼制度，包括诉审、刑名、科刑、肆赦；经济制度，包括土田赋税、商业货币。这一安排颇为独特，似乎也有不尽合理之处。说它独特，这是因为它比较恰当地概括了中国古代法律制度的固有特色与基本内容；说它不尽合理，则是由于忽略了中国古代法律制度的某些重要内容，诸如产权交易制度与婚姻家庭制度，等等。再者，与他所概括的中国古代法律制度的“类型特征”也没有很好地协调起来，也就是说，法律制度的叙述并没有围绕“类型特征”展开。陈顾远的研究还有一个学术特色，就是他的研究虽然是一种现代阐释，但是他没有简单地滥用现代法律制度知识的分类与术语。

综观杨鸿烈和陈顾远的中国古代法律制度研究，我们可以发现：他们的工作为中国古代法律制度研究奠定了一个比较坚实的基础，厘定了一个大致合理的范围，确立了一种初步的研究方法。换句话说，我们今天的研究虽然已有很大的进步，但是基本格局没有太大的变化。因而，他们的研究具有一定的“范式”意义。其主要表现是：第一，试图用现代（法学与史学）方法阐释中国古代的法律制度；第二，提出了中国法系类型特征的初步意见；第三，着眼于官方衙门的法律文本与精英士人的法律思想。所有这些，都是后来主流中国古代法律制度和法律思想研究的基

〔39〕 这个概括是极为粗疏的。在《中国法制史概要》（三民书局股份有限公司 1977 年版）里，陈顾远指出中国法系的特征如下：礼教中心、义务本位、家族观点、保育设施、崇尚仁恕、减轻讼累、灵活取法、审断有责八点。第 53—59 页。这一概括无疑更有理论意义。不过，问题依然存在。有关的评论，参见徐忠明：“中华法系研究的再思”，载《法学与文学之间》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 284—300 页。

本路径，尽管具体方法和所得结论不尽相同。

20世纪中期以后，引起中国古代法律制度研究“范式”转变的重要动向可以概括如下：一是法律社会学研究方法的导入，二是唯物主义历史观的运用，三是法律知识西方化的突现。

先说第一个问题。瞿同祖先生于1947年出版《中国法律与中国社会》（商务印书馆）一书，乃是我国学者运用社会学、人类学方法研究中国古代法律制度的一个象征，也是迄今没有可以与之匹敌的经典著作。瞿同祖在“导论”里指出：“法律是社会产物，是社会制度之一，是社会规范之一。它与风俗习惯有密切的关系，它维护现存的制度和道德、伦理等价值观念，它反映某一时期、某一社会的社会结构，法律与社会的关系极为密切……只有充分了解产生某一种法律的社会背景，才能了解这些法律的意义和作用。”〔40〕另外，瞿同祖认为：中国传统社会的基本特征是家族组织与等级结构，由此衍生出来的意识形态就是儒家伦理（礼教）思想。据此，从社会背景——家族组织、等级结构、伦理（礼教）思想三个层面来探究和阐释中国古代的法律制度的主要特征与基本精神，成为该书的一个突出特点。〔41〕在《中国法律与中国社会》的“结论”里，瞿同祖提出两点意见：其一，中

---

〔40〕我的引文依据《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社1998年版，第4页。

〔41〕这一点，我们从该书结构可见一斑：第一章家族和第二章婚姻，主要讨论家族社会的身份等级结构。第三章和第四章阶级，主要讨论政治、社会、法律方面的身份等级制度。第六章儒家思想与法家思想，主要讨论礼法、刑德、引礼入法，构成法律制度背后的支持观念。以上四章，乃是把握中国古代法律制度的主要特征与基本精神的主体部分。独以第五章巫术与宗教，有点格格不入，似可删除，或者作为附录。就研究本身而言，依然有其学术价值，因为这一方面迄今尚无佳作问世，所以它的参考价值依然存在。

国古代社会是身份社会；其二，中国古代法律是伦理法律。[42]说到底，瞿同祖的研究是一种“类型”研究，构成这一类型的基本要素（特征）即是：家族、阶级、礼教。比较而言，瞿同祖与陈顾远的看法几乎完全相同。只是，陈顾远的研究没有环绕这一核心展开。瞿同祖《中国法律与中国社会》的另一特色，就是强调“实效”的研究。他说：社会现实与法律条文之间往往存在一定的差距，因此，仅仅研究法律条文是不够的，我们还应注意法律的实施问题。[43]这是标举法律社会学研究的题中应有之义。总体而言，我觉得瞿同祖的这一愿望并没有真正实现。也就是说，他的研究依据主要还是历朝历代的法律典章，尽管也利用了诸如《刑案汇览》这样的档案资料，但基本上是随机的，没有系统的。[44]

再说第二个问题。马克思主义历史唯物主义思想对于中国历史研究的影响，不是三言两语能够说得清楚的，也不是本文篇幅所能胜任愉快的。[45]无论如何，这一思想的运用从根本上改变了我们对于中国古代法律制度的历史叙事，全面地规范了我们对于中国古代法律制度的历史思考与历史想像，成为中国大陆研究

---

〔42〕对此，瞿同祖说得不太明确。参见前揭《瞿同祖法学论著集》，第359—360页。梁治平则予以点明。参见梁治平：“身份社会与伦理法律”，载《法辨》，贵州人民出版社1992年版，第19—27页。

〔43〕参见前揭：《瞿同祖法学论著集》，第5页。

〔44〕我的这个评论没有丝毫苛责前贤的意思，其他学者也有类似的看法。参见章毅：“古代法律的礼制精神及其实践”，载《读书》2000年第十期。说到底，造成这一结果的根本原因，可能还是囿于史料不足。

〔45〕有关的研究，参见【德】罗梅君著，孙立新译：《政治与科学之间的历史编纂——30和40年代中国马克思主义历史学的形成》，山东教育出版社1997年版；蒋大椿：“20世纪中国马克思主义史学”，载罗志田主编：《20世纪的中国：学术与社会》（史学卷），山东人民出版社2001年版，第131—447页。

古代法律制度的支配范式。其主要表现如下：首先，中国古代社会被划分为奴隶社会与封建社会，相应地，法律制度也是奴隶制法律与封建制法律。其次，推动中国古代法律演进的历史动力，就是奴隶与奴隶主、农民与地主之间的阶级矛盾和阶级斗争。再次，由于秉承法律是统治阶级意志体现的信条，中国古代法律制度的叙事对象也就基本上局限于国家法，而对民间法置之不问。法律思想的研究也基本上局限于统治阶层，以及精英知识分子。当然，在这个基本框架里，对于中国古代法律制度的具体问题，还是“百花齐放，百家争鸣”的，学者的研究著述也是非常丰富，多姿多彩的。从总体上看，有关中国古代法律制度的历史叙事范式，当以教科书为主流。〔46〕基本叙事结构如下：纵向是奴隶社会的法律制度，封建社会的法律制度，进而根据王朝更迭一路下来。横向是法制思想、法律渊源，刑法、民法、行政法、经济法、司法之类的次序编排。特别需要指出的是，这一叙事范式对中国古代法律制度的研究与教育产生了深远的影响；然而它所存在的问题也引起了学者的反省。就隐含的研究方法来看，这种研究主要是对中国古代法律制度进行“功能”的分析。在这个意义上，读者可以发现，它所关注的是中西法律制度的相似性乃至相同性。

后说第三个问题。在中国社会科学日趋西方化的情势下，中国古代法律制度的研究也有类似的迹象。从宏观上看，出现了越来越多的按照西方法律门类——刑法、民法、行政法、经济法、

〔46〕这一教科书“范式”的确立，以张晋藩先生为代表。有关的评论，参见徐忠明：“建国以来中国法制史研究的主流范式”，载《思考与批评——解读中国法律文化》，法律出版社 2000 年版，第 18—32 页。

诉讼法划分的通史著述和专史著述。[47] 由于缺乏反思，任意套用，结果争议很大，其中“民法”问题最为典型。[48] 从微观上看，对于某些具体制度的解释也完全以西方的法律概念为归依。譬如“典”的法律性质究竟是什么？学者往往运用西方的法律概念予以解释，结果是用益物权、担保物权、特种物权等等，莫衷一是。[49] 在我看来，根本问题似乎不在于是否应当按照这些门类进行中国古代法律制度的历史撰述，而是在于这些研究缺乏必要的反思意识，全然不顾中西法律制度之间存在的基本差异。之所以这么说，乃是因为我们拥有的法律知识目前已经全盘西方化了，离开西方的那套法律知识，我们每每无法进行有效的理论思考，也无法与当下中国的法律制度问题进行有效的交流对话。也就是说，如果我们完全抛弃西方的那套法律知识，很有可能就会削弱中国古代法律制度的研究价值和历史意义——而实际上也不可能。这样一来，是否仍有必要研究中国古代的法律制度也将成为问题。毕竟，历史研究之目的，并非仅仅在于“还原”历史现象，而是在于揭示历史的意义结构，思考历史与我们当下生存境

---

〔47〕当然，也有学者试图改变这一做法，譬如郭建、姚荣涛、王志强：《中国法制史》（上海人民出版社 2000 年版）就是一例；但是，目前还不普遍。另外，它与我国台湾地区的中国法制史体例颇为相似。

〔48〕对于这一问题的详尽评论，参见徐忠明：“关于中国古代‘民法’问题：借题发挥”，前揭《思考与批评——解读中国法律文化》，第 105—134 页。

〔49〕有关的概括，参见李婉丽：“中国典权法律制度研究”，载梁慧星主编：《民商法论丛》第一卷，法律出版社 1994 年版，第 379—382 页。梁治平为了避免这一困境，对于“典”采取了描述性的解释。这种处理方法颇为得体。参见梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 93 页。有关的评论，参见徐忠明：“从清代习惯法看社会与国家的互动关系”，前揭《思考与批评》，第 156—158 页。

遇之间的关联意义。[50] 再者，任何知识的发展都有一个“路径依赖”的问题。既然对于西方的那套法律制度知识我们无法也不能弃之不顾，那么就把它当作一种学术研究的“前见”或“预先筹划”，与研究对象进行反复的交流对话，批判考量。[51] 在这一过程中，经由“反思·批判·调整”最终形成一种行之有效的研究范式。与类型研究的方法不同，这种根据西方法律制度知识解读中国古代法律制度的做法，主要着眼于法律制度的“功能”作用。在此而言，我觉得，这种“功能”研究也非毫无可取之处。[52] 这是因为，中国古代社会毕竟也有交换借贷、婚姻家庭、官僚的选拔与考核、行政管理、经济管理、司法审判如此之类的活动，以及相应法律制度的调整。这些，都是“客观”的存在。故而，尽管中西社会结构、法律制度、思想观念存在根本性的差异，但是相通之处也还是有的。就此而言，我们不能否认这种援引西方法律制度知识研究中国古代法律制度的应有价值。只是我们必须切忌滥用。

近20年来，无论是对中国古代法律制度的“类型”概括还

---

〔50〕对此问题的讨论，参见徐忠明：“关于中国法律史研究的几点省思”，载《现代法学》2001年第一期。

〔51〕诚如后殖民理论家斯皮瓦克所谓“对我们不能不要的东西提出持久的批评”。引自王晴佳：“后殖民主义与中国历史学”，载刘东主编：《中国学术》第三辑，商务印书馆2000年版，第287页。

〔52〕按照当代德国著名比较法学家茨威克特和克茨教授的意见：全部比较法研究的方法原则就是“功能”原则，一切比较法研究的关键总是具体的“事实”问题。参见【德】茨威克特、克茨著，潘汉典等译：《比较法总论》，贵州人民出版社1992年版，第56—57页。在这个意义上，从“功能”或“事实”研究出发，借助西方的法律知识来研究中国古代法律制度，还是可能的，它的理论价值也是不可否认的。只是，我们必须反对那种不加反思、不加检讨、不加批判的“滥用”。在我看来，对于运用西方法律知识研究中国古代法律制度这一学术实践活动，理应包含“修正”的意思在内。

是“功能”分析，都有长足的进展，取得了丰硕的成果。先说类型研究。梁治平的《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》。[53] 与张中秋的《中西法律文化比较研究》。[54] 两书颇具代表意义。两本著作的共同特征可以概括如下：第一，理想类型是他们的解释基础；第二，辨异比较是他们的基本方法；第三，西方法律文化是他们用来评判中国古代法律文化的标准；第四，寻求中国法律文化的“意义结构”是他们的旨趣；第五，中国法律文化寻求“自然和谐”是他们的一致结论。至于具体的分析进路和所得结论，两书的差异也是显而易见的。[55] 在我看来，由于两位作者旨在通过“辨异”来建构中国古代法律文化的“类型”特征，那就必然会忽略中西法律“功能”的某些相通之处。因此，这种研究虽然可能深化我们对于中国古代法律文化“意义网络”的理解；但是，又有可能妨碍我们对于中国古代法律文化“功能”的把握。[56] 我觉得，法律制度的功能与法律制度的意义并非是渺不相涉的。再说功能研究。从方法的角度看，功能研究没有什么明显的变化，只是成果日趋丰富，深度有所加强。这一方面最为典型的成果，就是张晋藩先生担任总主编的《中国法制通史》（十卷）的出版。[57] 今后，功能研究如要取得富有成效的发展，方法论的反思则是首要议题。

---

〔53〕 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，上海人民出版社 1991 年版。

〔54〕 张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社 1991 年版。

〔55〕 由于问题太过细微，这里不便详加讨论。只要读者通读两书，即可明白。

〔56〕 有关的详尽评论，参见徐忠明：“辨异与解释：中国传统法律文化的类型研究及其局限”及“从比较角度看中国传统法律文化的特点”，均见前揭《思考与批评》，第 33—104 页。

〔57〕 张晋藩主编：《中国法制通史》（十卷），法律出版社 1999 年版。

概括一下，从古今学者的中国古代法律制度叙事范式来看，造成两者之间根本差异的原因是中西法律知识类型与历史撰述方法的差异。而就现代学者的中国古代法律制度研究来说，类型建构（辨异）与功能分析（求同）是两种基本的叙事范式。我所特别感兴趣的问题是：古今之间，类型与功能之间能否取得某种恰当的平衡？如何保持必要的张力？

新的动向

通过前面的梳理，我们可以发现，这些研究基本上局限于官方资料和精英思想，讨论的对象也局限于国家颁布的法律典章，并且不自觉地把法律制度视作铁板一块的东西。中国古代法律制度的“事实”果真如此吗？最近几年，研究中国古代法律制度的学者开始着意弥补这种缺陷。由此显露出了中国古代法律制度研究“范式转变”的某些迹象。其中，最为值得关注的是“民间法”的研究。随之而来的是，史料的范围开始拓宽。

我觉得，对这一学术范式的转变，我们可以从六个方面来思考它的原因。第一，就中国古代社会历史演进而言，中国文化的多元性与统一性，越来越受到学者的关注。随着研究的深入，被统一性“遮蔽”的多元性渐次呈现出来。第二，所谓“王者无外，六合同风”的说法，其实只是中国古代官僚士人追求的社会政治理想，也是维护“君主政体·中央集权·礼教文化”的政治话语的内在要求，而社会实际并非如此。第三，作为农业国家，农业产出毕竟有限，社会经济的变迁相对缓慢，这就决定了它不可能承受一个人数众多的官僚机器；进而，也决定了皇权的社会控制能力的限度。中国古代政府机构设至县级，根本原因就在于此。第四，所谓“乡土中国”的提法，恰好在“理想意义”上表明，在“王者无外，六合同风”的表象下，更有“十里不同俗，百里不同风”的星罗棋布的乡土社会。在这一相对“自治”的社

会空间里，一种不同于国家法的民间法得以生存。第五，近些年来，学者对于“法律是什么”的思考，已经突破过去那种“法律是统治阶级意志体现”的理论教条。相反，法律社会学及法律人类学对于法律的理解备受学者的关注；另外，文化人类学关于“大传统与小传统”的学说，也引起学者的兴趣。第六，西方学界有关“市民社会”的理论著述，以及欧美学者以之研究晚清社会变迁的史学著述，被引介到中国，即刻产生了广泛的影响，不仅成为学者研究当代中国社会变迁的理论资源，而且也导入中国古代法律制度的研究领域。在这种情形下，新的研究范式渐次“浮出水面”。

实际上，关于中国古代“民间法”的研究可谓由来久远。[58]不过这些研究不仅方法比较单一，而且缺乏理论（社会理论和法学理论）的思考。在理论上较有创新意义的研究，当推梁治平的《清代习惯法：社会与国家》一书。在我看来，这本著作的理论范式意义在于：首先，作者回答了什么是习惯法？什么是社会？什么是国家？以及在清代的特殊“语境”里，社会与国家的关系如何？它们对于习惯法又有什么样的影响？其次，为了更好地理解和把握清代社会与国家的关系，作者梳理出三组分析范畴：第一是家·国·天下；第二是公·私；第三是官·民。这一梳理对于研究国家法与习惯法（民间法）之间的互动关系预设了必要的理论前提。再次，对于“法语”、“法谚”这样一些人们习以为常，然

〔58〕比如“家规族法”的研究，在国内历史学界颇有传统。但是这些研究缺少基本的法理思考，而流于事实的考据和描述。这些研究对于史料的整理和考订，贡献甚多。事实上，目前的习惯法研究的材料主要得之于此。当然，中国法律史学者也有专门著述，朱勇的博士论文：“清代宗族法研究”，（湖南教育出版社1987年版）即是一例。再如“租佃惯例”的研究，在社会经济史学界也有大量著述。诸如此类，不便枚举。

而意义独特的术语，作者做出了非常有益的解释，为把握习惯法的内涵奠定了一个比较合理的基础。最后，对于西方法律知识的运用，作者保持了必要的克制和审慎，譬如有关“典”和“分家析产”之类的辨析，即是很好例证。当然，这本著作也非毫无可以商榷之处。例如，关于习惯法与国家法在“知识系统”上的“断裂”问题；再如，关于社会经济变迁与清代习惯法的关系问题。[59] 但是，恕我借用一般评论文章的“陈词滥调”作一判语：瑕不掩瑜。顺便指出，梁治平《清代习惯法：社会与国家》与《寻求自然秩序中的和谐》的研究方法有着很大的差异。它是一种基于习惯法“事实”的研究，其实也是一种“功能”的分析，既非“类型”的建构，也非“意义”的诠释。当然，如何解释“事实”，本身也在一定程度上蕴涵了对于“意义”的释读，两者并非渺不相涉，而是密切关联的。[60]

下面，我想再谈两点展望，借以说明中国古代法律制度历史叙事的可能前景。

其一，关于“区域法”研究。上文所谓“十里不同俗，百里不同风”的说法表明，在国家法的空间架构下，乡土社会的秩序各有特色。这种社会秩序的维持及调整，不仅要靠国家法的有效

〔59〕有关的评论，参见前揭：《思考与批评》，第144—158页。

〔60〕在我看来，意义往往是由“事实”来支持的，也就是说，“事实”在一定程度上是意义的载体；如果没有“事实”的承载，我们又将怎样进入意义，如何揭示意义和解释意义呢？倡导文化研究就是研究文化的“意义网络”的美国人类学家格尔兹，在我看来，就是通过对事实进行“深描”（thick description）的方法揭示和解释“意义网络”的。参见格尔兹：“深描：迈向文化的阐释理论”及“深层的游戏：关于巴厘岛斗鸡的记述”，载《文化的解释》，上海三联书店1999年版，第3—36页、第471—521页。

实施，[61] 同样要靠各种民间法（风俗、习惯）的实际运作。[62]

---

〔61〕为了维护国家法的统一性和权威性，中国古代的中央政权曾经作出过积极的努力和尝试。总体而言，这一努力主要表现在以下六个方面：一是强调律的权威性、统一性与稳定性；二是在律无法及时地、有效地适应社会变迁的情况下，皇帝的诏令也是实现这一目的的重要手段；三是对敕、例的定期整理和汇编，也是一个基本的办法；四是“成案”管理制度；五是重大案件的审判制度；六是不断调动的任官制度，对于不同地区的法律统一也有积极作用。第六方面的具体分析，参见王志强的以下论文：（1）“论清代的地方法规：以清代省例为中心”，载刘东主编：《中国学术》2001 年第二卷第三辑，商务印书馆 2001 年版，第 120—150 页；（2）“论清代条例中的地区性特别法”，载《复旦学报》（社会科学版）2000 年第一期。

〔62〕我以为，有关盗贼、钱粮等所谓刑事案件，国家法的控制可能占据主导地位；然而有关婚姻、钱债、田土等所谓“民事”纠纷，民间法的作用可能更为重要，毕竟不是所有的“民事”纠纷都会闹到衙门里去。更何况，民间社会生活的正常维系，也非国家法能够胜任愉快，国家法似乎也没有这个能耐。在某种程度上可以说，在中国古代社会里，国家法的主要任务是提供一个社会生活的廓限或底线；相反，廓限里面或底线上面的具体细节，民间法可以发挥作用。当然，也不能把它看得过分绝对。这是因为，在国家正式权力机构（县级）以下，乡里秩序的维护也非全然自治，乡里长老人物也非纯粹的民间身份。事实上，乡里长老是介乎国家与社会之间的中间权威，他们发挥的作用是双重的，而且不同地区也是各不相同的。另一方面，县级衙门的正式官僚虽然为数甚少，但是书吏、衙役之类却为数众多。故而，一旦发生事端，国家权力的控制能力并非真的微弱有限。譬如《水浒传》第十八回讲到：为了尽快拘捕劫取“生辰纲”的晁盖一伙，“官司行下文书来，着落本村，但凡开客店的，须要置立文簿，一面上用勘合印信。每夜有客商来歇宿，须要问他：哪里来？何处去？姓甚名谁？做甚买卖？都要抄写在簿子上。官司査照时，每月一次去里正处报名。”这个村落的客店尚且如此，其控制也够严密了吧！这是法家的一套社会控制办法。有关“乡土社会秩序”的新近研究，参见赵秀玲：《中国乡里制度》，中国科学文献出版社 1998 年版；秦晖：《政府与企业以外的现代化——中西公益事业史比较研究》第二章，浙江人民出版社 1999 年版，第 43—99 页；【美】杜赞奇著，王福明译：《文化、权力与国家——1900 年至 1942 年的华北农村》，江苏人民出版社 1994 年版。当然，杜赞奇讲的是现代华北地区的乡土社会秩序，但是，他所说的内容及观点也不无参考价值。

另外，所谓四川人好讼、江西人好讼、徽州人好讼之类的说法也表明，不同区域之间人们对于法律、诉讼会有不同的态度。再者，社会经济条件的差异，将会产生不同的社会组织方式——譬如，明清时期东南地区的宗族组织与西北地区（几乎没有宗族）就有很大的差异；也会产生不同的经济关系——例如，所谓“一田二主”的租佃制度就流行于东南地区，从而形成不同的礼俗和习惯，产生不同的法律行为。我觉得，对于这类问题的深入研究，不仅会改变我们对中国古代法律制度的固有看法，而且还会深化我们对中国古代法律制度的理解，乃至改写中国古代法律制度的历史，意义不可小视。就我所见而言，这一方面的研究，目前主要局限于明清时期的徽州等少数地区，并且仅仅呈现“星星之火”而已。

其二，关于“百姓法律心态”[63]研究。这一方面的探索，同样处于开始阶段，而且尚未找到一套“行之有效”的研究方法。之所以如此，乃是因为：作为一介平头百姓，本来识字不多，而且大多不会从事文字著述活动。换句话说，他们只是“沉默”的一群，因此使用什么材料，运用什么方法才能富有成效地

---

〔63〕所谓“心态”两字，其实是非常模糊的概念。根据法国年鉴派史学名家勒戈夫的意见：“心态史研究日常的自动行为。心态史研究的对象是历史的个人没有意识到的东西，因为，心态史所揭示的是他们思想中非个人的内容。”还说：“心态史的特征表现在方法上，而不是在资料上；所以什么资料都可以使用。”并且认同：“文学著作有助于我们了解某个时期的心态和情感”的观点。参见“心态：一种模糊史学”，载勒戈夫、拉诺主编：《史学研究的新问题新方法新对象》，社会科学文献出版社1988年版，第270页、第276页、第278页。文学“真实”的“抽象性”与“普遍性”乃是一种社会“集体记忆”的表现形式，从而可以成为释读一种“社会心态”的有效资料。千年流传的包公故事，难道不是一种“社会心态”——“法律心态”的体现吗？虽然本稿并非全然是一种“心态史”研究，但是，也会涉及到这一方面的问题和研究方法。

解读出他们对于法律的所思所想，着实颇费思量。这里，我想提出三点初步设想。[64] 第一，就史料的来源言，司法档案、方志、乡规民约、家规族法、戏曲小说（特别是公案故事）、野史笔记、诗歌谣谚之类，似可挖掘。在我看来，这些史料的叙事角度，相对来说是民间化的；另外，它们叙述的法律故事，绝大多数都涉及到平头百姓——乡野村夫，市井商贩之类；更为重要的是，这些故事流传广泛，为小民百姓所喜闻乐见。据此，在一定程度上可以“折射”出他们的法律心态。[65] 第二，从史料的性质说，虽然这些史料讲述了小民百姓的法律故事，但是，由于这些史料往往经过中国古代文人的编写——润色或改写，乃至直接出自他们的创作，而他们每每又把这些史料视为“史余”，从而具有“补史”或“辅史”的作用。据此，我们使用起来必须格外的慎重，以免化约或错置研究的主题。第三，由研究的方法讲，一则我们必须从这些史料里面梳理出可以用来检讨小民百姓法律心态的东西；二则在无法达到这一目的时，我们似乎可以用这些史料来研究文人士夫与平头百姓之间法律心态的某些互动关系；三则在具体研究时，我们可以借用“话语分析”与“故事类型”的方法。譬如“包公故事”的研究，我们完全可以采取话语分析的方

〔64〕这是根据我近年的相关研究而提出的初步想法。至于我的尝试性的研究成果，参见徐忠明：“包公杂剧与元代法律文化的初步研究”、“中国传统法律文化视野中的清官司法”、“窦娥冤与元代法制的若干问题试析”及“从明清小说看中国古人的诉讼观念”诸文，均见前揭《法学与文学之间》。

〔65〕对于这些“沉默”群体的“声音考古”的可行性与有效性，目前学界尚无定论。有关的评论，参见杨念群：《中层理论——东西方思想会通下的中国史研究》，江西教育出版社 2001 年版，第 244—251 页。在我看来，无论这种“声音考古”的有效性与真实性如何，它的意义是不可忽略的。

法；[66] 再如“公案故事”的研究，则可以使用故事类型整理的方法。[67]

总之，所谓“学术范式”之形成及转变，均非毫无来由。目前中国古代法律制度与法律文化的研究之所以面临或出现范式转变，乃是因为，过去那种仅仅满足于官方法律文本的研究路径，已经无法很好地、全面地、深入地把握与理解中国古代法律制度与法律文化的“真情实况”。[68] 我觉得，未来的中国古代法律制

---

〔66〕就“包公故事”来讲，作为一个“箭垛式的”人物，从《宋史·包拯传》到戏曲小说野史笔记等，从宋代到明清时代一路下来，千百年间世人对之添油加醋，不知增加了多少东西。而真正的问题是：人们对之添加了一些什么？又是怎么添油加醋的？以及为什么要如此这般的添油加醋？我觉得，通过对有关文本资料的分析，我们或许能够从中“释读”出意蕴丰富的民间法律心态来。这是本稿将要讨论的问题。

〔67〕事实上，就我接触到的各种“公案故事”文本来说，例如自五代和凝始编《疑狱集》到清代的“公案故事”汇编，不仅故事“类型”约略相同，而且内容也是大同小异。这些特征，不仅对于我们解读中国古代的案件类型（与官方档案的分类基本相同）很有价值，而且对于我们了解发生在百姓身边的案件究竟有哪些，以及百姓究竟关心哪些案件之类的问题，同样帮助不小。进而，通过故事的叙事，我们可以“辨析”出百姓关于法律的所思所想，亦即他们的法律心态或法律意识。这些问题，目前尚未引起学者的关注。我希望，随着中国古代法律制度（以及法律文化）研究范式的转变（朝民间化方向转变）这一趋势，能够引起学者对此问题的研究兴趣，以期为中国古代法律文化“小传统”的研究作出贡献；与此同时，也能改变学术研究题域的过于单一；更为重要的是，携此研究成果丰富我们对于中国古代法律文化的理解。

〔68〕这仅仅是在“理想”意义上而言的。因为事实上，我们根本无法彻底把握与理解这一“真情实况”。一方面，历史文本总是有限的，无法全面记载曾经发生过的一切。二方面，即使有限的文本，对于研究人员来说，可能也是无限的；因为他们的时间、精力、认识能力毕竟有限，所以也就没有这个能耐全面掌握这些文本。三方面，作为研究人员，他们都是带着“前见”（更何况是现代学者）进入历史文本的，两者之间的隔阂，乃是无法克服的——在绝对意义上。因而，这一所谓“真情实况”只是相对而言的。

度与法律文化的研究，约略可以分为以下五个层次：一是国家法与民间法；二是精英法律观念与大众法律观念；三是全国法与区域法；四是类型研究与功能研究；五是法律条文与司法实践。

可以说，正是通过审查和反思中国古代法律制度史与法律文化史的学术研究，以及寻找自己的学术研究生长点，而逐步形成了我对“中国古代法律与文学”的思考。同时，为了给这一研究提供一个相对有效的理论基础，历史、哲学和方法也成为我的思考对象。

二、正史、档案与文学

通过上面的简要回顾与评论，我们约略可以领悟千百年来中国古代法律制度与法律文化的叙事范式的根本特点，就是从国家法的“单声道叙事”向民间法与地方法的“多声道叙事”的转变；换句话说，在大一统中央集权帝国法制秩序的表象下，存在着丰富多彩的法制秩序的“民间性”和“地方性”特征。但是，从法律文化研究的角度看，我们不仅要努力挖掘民间性的“法律事实”，而且还要深入检讨民间性的“法律意义网络”；不仅要探讨国家法与民间法之间的断裂和互动，而且还要阐述法律文化小传统的“意义网络”与法律文化大传统的“意义网络”之间的背离和关联。[69] 需要指出的是，这一问题不仅涉及历史研究的史料利用，而且涉及历史叙事的话语权力。

从官方到民间

勿庸置疑，中国人向来注重历史，可以说是一个具有强烈“历史意识”的民族。值得指出的是，中国人之于历史，一如上

---

〔69〕关于国家法与民间法之间的断裂和互动问题的研究，参见前揭朱勇：《清代宗族法研究》及梁治平：《清代习惯法：社会与国家》两书。当然，梁治平的研究，在理论上更为自觉。

文所说，特别看重历史蕴涵的经验教训。而这种经验教训，一是关涉“国家治乱”和“王朝兴衰”的根本问题，所谓“资治通鉴”就是非常经典的表述；二是一部“二十四史”也是道德训诲的教科书，具有“劝善罚恶”的功能。其实，所有历史叙事或多或少都存在着“经世致用”的意图，至少也有现实问题意识的某种刺激；[70]另外，历史作者的道德意识多多少少也会掺入其中。换句话说，权力操纵和意识形态，是无处不在的。这样一来，留传至今的各种历史载籍，也就必然“锁定”在作为国家治理主体的帝皇将相文武百官上，具有政治史和精英史的鲜明特征。与此相关，平头百姓似乎成了历史叙事的“多余”一族。启蒙思想家严复《群学肆言·砭愚》所谓“于帝王将相之举动，虽小而必书，于国民生计风俗之所关，虽大有不录”[71]即是指此。其实，不仅中国古人如此，早期欧洲民族的历史叙事大致也是这样。例如，19世纪盛极一时，至今影响犹存的德国兰克学派就是如此。[72]从中国法律制度史与法律文化史的角度看，历史叙事的视界同样“局限”在国家正式制度上，而对于非正式制度则往往付诸阙如。需要指出的是，所谓“非正式制度”不仅包括各种民间习惯，而且应当包括国家行政、司法方面的惯例，而后者往往

---

〔70〕当然，历史学家从事历史研究，也完全可以超越“经世致用”的意图，而成为纯粹的个人兴趣，成为一种审美，如此等等。关于历史研究作用问题的简单概括，参见前揭杨念群：《中层理论》，第3页。

〔71〕引自王凡森：“引论：晚清的政治概念与‘新史学’”，前揭罗志田主编：《20世纪的中国：学术与社会》（史学卷），第18页。

〔72〕我的这个说法，只是大而化之的概括。有关这一问题的讨论，参见【美】乔伊斯·阿普尔比等著，刘北成等译：《历史的真相》，中央文献出版社1999年版。

为时下研究中国法律史的学者所忽略。[73]此其一也。

在中国古代，政治权力与文化权力之关系向来密切，暂且不说“学在官府”的三代时期，[74]即使秦汉以降，基本上，撰修历史仍是官府独占的权力。[75]顺便提一句，中国古代统治者从来也没有放松过对文化的操纵权和控制权。[76]正是由于历史叙事本身就是政治权力的话语表达这一特点，因此如何“表达”历史，不仅成了权力体制的内在要求，而且成了权力运作的固有技巧。换句话说，操控历史叙事权力的乃是官方学者，正是他们利用手里掌握的文化（话语）权力，有意无意地“改写”曾经“客

---

〔73〕需要说明的是，我的这一说法主要基于目前我国大陆中国法律史研究的现状。因为学者在讨论所谓“习惯”时，往往只提民间习惯，而对于官府的非正式制度（行政惯例和司法惯例等等）却没有提及。

〔74〕美国华裔考古人类学家张光直先生对于中国青铜时代政治权力与文化权力之间的关系问题，曾经作过非常精彩的分析。参见张光直的下列诸书：《中国青铜时代》，三联书店1983年版；《中国青铜时代二集》，三联书店1990年版；《考古学专题六讲》，文物出版社1986年版；《美术·神话与祭祀——通往古代中国政治权威的途径》，辽宁教育出版社1998年版。

〔75〕在中国古代，虽然文人学士私家修史的做法，有时也会被官方所吸收；但是，基本上，修史总是国家的一种政治行为，由国家设立专门的机构来从事这项工作。有关的讨论，参见前揭钱穆：《中国史学名著》和牛润珍：《汉至唐初史官制度的演变》两书。

〔76〕譬如，作为一项大型文化事业的“四库全书”的编纂，其实，从根本上讲，还是为了实现思想文化的控制，是一种政治行为而非真正意义上的文化行为。抛开它的组织机构不谈，我们仅仅从“什么书籍可以收入”与“什么书籍必须禁绝”即可看出，纂修“四库全书”的思想文化控制与内含的政治动机。关于“四库全书”纂修的讨论，参见黄爱平：《四库全书纂修研究》，中国人民大学出版社1989年版。在“宰相刘罗锅”这部电视剧中，就有极尽夸张和讽刺的叙事。也正是在这个意义上，顾准认为中国文化是“史官文化”。他说：“所谓史官文化者，以政治权威为无上权威，使文化从属於政治权威，绝对不得涉及超过政治权威的宇宙与其他问题的这种文化之谓也。”《顾准文集》，贵州人民出版社1994年版，第244页。

观存在”的历史。[77] 而对平头百姓来说，尽管他们也有自己的历史记忆，也想讲述自己的历史故事，进而表达自己对历史的独特理解，可是，官方历史学家往往不予措意。[78] 但是，宋代以降，随着社会经济的蓬勃展开，以及市民阶层的日益壮大；随着贵族渐次退出政治舞台，以及庶族地主阶层通过科举考试逐步进入官方权力系统；随着官民之间流动的增强，以及印刷技术的发展、教育的相对普及、民众文化程度的提高，中国古代文化格局的面貌为之一变。总体而言，就是文化权力的下移。[79] 结果，通俗文学成了平头百姓历史叙事与历史接受的一种有效方式。这一文化样式虽然“参合”文化精英与乡野草民的各种因素，然而，它的基本性格却是民间性的、通俗性的。这样一来，原本那种历史话语“单声道”的霸权叙述，如今成为巴赫金所谓“多声

---

〔77〕 从中国古代的“正史”系统看，往往是新王朝对旧王朝“历史形象”的历史制作，所以“改写”空间还是存在的。秦朝一团漆黑的“历史形象”恐怕与后世的制作大有关系，尽管它们都或直接或间接、或显或隐地承袭了秦朝的那套治理思想与律令典章，所谓“内法外儒”就是例证。

〔78〕 这里，实际上涉及史学民主的重要话题。在我看来，学术民主不仅涉及学术争鸣的民主，而且应该包括学术研究对象的民主。进而追问“谁是历史的作者?”这一不能回避的问题。第二次世界大战以后西方社会史研究的兴起，就与这一史学思想有关。学者指出：历史社会学能够成为促进民主的积极推动力量。参见【英】史密斯著，周辉荣、井建斌译：《历史社会学的兴起》，上海人民出版社 2000 年版，第 1 页。

〔79〕 郭英德在谈到传奇戏曲兴起时，提出“文化权力下移”这一命题，这是一个很好的考察视角。参见郭英德：“传奇戏曲的兴起与文化权力的下移”，载《中国社会科学》1997 年第二期。事实上，如果我们放宽一下分析的视野，可以这么说，宋代以后渐次兴起的诸如话本、杂剧、传奇、明清小说（包括公案故事）之类的文学样式，基本上可以看作这一“文化权力下移”格局的产物。这一方面的研究文献非常之多，这里不拟枚举。概括的讨论，参见谢桃坊：《中国市民文学史》，四川人民出版社 1997 年版。

道”的众声喧哗；[80] 换句话说，一向“沉默不言”的平头百姓通过通俗文学样式讲述了自己的历史。尽管这种方式的历史叙事充满了想像和虚构，并非历史学家心目中的那种“事事能够对号入座”的历史；但是，这种历史叙事至少可以视为小民百姓对社会事物的一种观察，一种集体记忆，一种思想、情感、乃至愿望的表达。在我看来，这些文学作品承载的极为丰富的历史意蕴，是值得我们关注，也值得我们进行深入研究的。无论如何，那种原本“单一”的历史叙事由此走向“杂多”，那种原本“一元”的霸权话语从此变成“多元”。其实，通俗文学也是平头百姓接受教育的一条基本途径。[81] 此其二也。

鉴于维系中国传统政治与社会的意识形态基础，是伦理道德或曰礼教纲常，也是中国古代法律制度的基础，[82] 所以裁断“历史事实”的标准也就离开不了这些原则。尽管董狐一类“秉笔直书”的“良史”代不乏人，但是孔子一派“寓道德褒贬于笔削”的“春秋笔法”更是中国历史叙述的一贯传统。这是因为，孔子毕竟是官方意识形态的宗师，他所创立的《春秋》“义法”

---

〔80〕 有关巴赫金“复调理论”的研究，参见刘康：《对话的喧声：巴赫金的文化转型理论》，中国人民大学出版社 1995 年版；董小英：《再登巴比伦塔：巴赫金与对话理论》，三联书店 1994 年版。

〔81〕 参见张鸣：《乡土心路八十年：中国近代化过程中农民意识的变迁》，上海三联书店 1997 年版，第 16 页以下。张鸣：“戏曲文化视野中的义和团的意识走向”，载《中国社会科学季刊》（香港）1996 年春季卷。虽然张鸣说的是近代农民，而实际上至少宋朝以降的情况大致都是如此。

〔82〕 陈寅恪先生在《王观堂先生挽词序》中指出：“吾中国文化之定义，具于白虎通三纲六纪之说，其意义为抽象理想最高之境，犹希腊柏拉图所谓 Idea 者。”参见《陈寅恪诗集》，清华大学出版社 1993 年版，第 10 页。这是对于中国传统文化精神的一个非常精辟到位的概括。关于陈先生礼制研究的讨论，参见吴丽娱：“神州瑰宝 垂示后世——陈寅恪先生礼制研究浅识”，载胡守为主编：《陈寅恪与二十世纪中国学术》，浙江人民出版社 2000 年版，第 434—457 页。

乃是历代“正史”叙事的楷模。对于这种历史叙事品格，诚如葛兆光在《七世纪至十九世纪中国的知识、思想与信仰》里所说：“没有把‘真实’当做它的终极追求，它把书写历史当做一种奖惩的权力，同时也把权力的认同当做奖惩的依据。”[83] 可以说，这种历史叙事风格也是决定官方历史学家“写什么？怎么写？”的合法性或正当性的终极理由。需要补充的是，这种确定“写什么？怎么写？”的历史学家的职业伦理，还应包括章学诚所谓的“史德”——公正与客观。[84] 不管怎么说，在中国古代史学传统里，伦理道德、政治权力与历史叙事也是融为一体，形成相互支持的结构。此其三也。

综合上述三点，我们似乎可以这么说：一部绵延不断的“二十四史”也就或多或少成为官方历史学家精心“制作”（fabrication）的历史，在一定程度上成为类似柯林伍德所谓的观念史或思想史。[85] 因为它是政治权力与意识形态的宣示，故而历史学家陈寅恪先生对官修正史深表怀疑，不是毫无道理的。譬如，陈

〔83〕 葛兆光：《中国思想史》第二卷，复旦大学出版社 2000 年版，第 66 页。有关的评论很多，譬如余国藩指出：中国传统史学主要以两种方式解释历史变化：道德原因和自然原因，二者不会相互抵触；历史具有“惩恶而劝善”的功能。余国藩：“历史、小说与对中国叙事的解读”，载乐黛云、陈珏：《北美中国古典文学研究名家十年文选》，江苏人民出版社 1996 年版，第 359—360 页；再如王德威也说：中国古代历史叙事的主要功能是提供借鉴，提醒读者关注其中道德运作的意义。王德威：《想像中国的方法——历史·小说·叙事》，三联书店 1998 年版，第 303 页。

〔84〕 关于“史德”的分析，参见仓修良：“‘史德’与‘史识’辨”，刊于《史家·史籍·史学》，山东教育出版社 2000 年版，第 139—143 页。

〔85〕 一种在“礼教纲常”或曰“三纲六纪”的思想观念支配下的历史叙事，这是中国古代历史叙事的一大特色。在一定程度上，官方历史编撰也是王朝“正统性”建构的一项重要工作。

先生在《柳如是别传》里就说“清代官书未必尽可信赖”，[86]原因在于实录“累经改易”[87]而官书“多所讳饰”。[88]

笼统地说，19世纪以前的历史叙事，无论东方抑或西方都有上述特征；到了20世纪中叶之后，历史学家渐次关心“社会”这个过去被遮蔽、被忽略的领域。当然，这种历史叙事的背后，仍有一种意识形态与利益格局的操控。[89]在中国，由于特殊的政治语境，农民战争史、社会经济史开始受到学者的广泛关注，这种研究的深层，乃是阶级斗争的历史理论及资本主义萌芽的历史提问。[90]无论如何，关于平头百姓日常生活的丰富史料由此得到挖掘，关于他们日常生活的鲜活情态由此得到展现，从而改变了中国历史叙事的面貌，修正了人们对中国历史的想像和理解。就中国法律制度的历史叙事而言，过去学者比较关心官方正史与律令典章的解释；近来，他们开始注意司法实践和民间秩序的探讨，各种官方档案判牍、民间契约文书由此得到整理与研究；进而，随着中国法律文化研究的逐步深入，丰富多彩的文学

---

〔86〕陈寅恪：《柳如是别传》下，上海古籍出版社1980年版，第882页。

〔87〕同上书，第891页。

〔88〕陈寅恪：“顺宗实录与续玄怪录”，载《陈寅恪先生论文集》，台湾九思出版社1977年版，第525页。

〔89〕对于这个问题，国内学者没有多少讨论；西方的相关研究，参见前揭：《历史真相》的有关章节。

〔90〕关于近代以来史学研究范式变迁的讨论，前揭罗志田主编：《20世纪的中国：学术与社会》上下。有关中国“资本主义萌芽”问题意识的简要讨论，参见刘小枫：《现代性社会理论绪论》，上海三联书店1998年版，第78—88页。

文本也被学者纳入历史研究的领域。[91]这种学术取径的转向，对于我们的（中国）法律史观念与（中国）法律史叙事，均有极为重要的影响。[92]

在这种情形下，我们可以借用美国哲学家阿拉斯戴尔·麦金太尔《谁之正义？何种合理性?》一书的提问方式，接着提出“谁之（中国）法律史？何种（中国）法律史?”的问题。无疑，古代中国的法律史叙事，由于官方精英对于话语权力的操控，中国法律史也就成了“劳心者”的法律史；而如今的中国法律史叙事，由于学者对于民间法律史的挖掘与展现，过去被遮蔽、被忽略的“劳力者”的法律史开始浮出水面。据此，我们可以看到两种法律史叙事之间的断裂与关联，从而极大地丰富了中国法律史的历史叙事。譬如关于“讼师”的丑陋形象，在一定程度上就是操控话语权力的官方精英所“制作”的产物；稍稍不同的是，在

〔91〕这里需要解释一下，有的学者认为我把“法律与文学”视为“法律的文化”。参见黄丞仪：“〈金水婶〉的处分权主义——法律的文化研究初探”（感谢台湾邱澎生“伊妹儿”给我这篇非常优秀的文论），注6。这恐怕是过去狭隘的提法；其实，我不是要把“法律与文学”研究简单地定位成“法律的文化研究”这个场域。就我现在初浅的理解而言，法律的文化研究更应该是一种对“法律意义结构”的解释。而文学只是可资利用的、借以进入这一课题的一条有效途径而已。我的想法与美国人类学家克利福德·格尔兹的思路比较接近。关于格尔兹的文化理论，参见《文化的解释》，三联书店1999年版。我自己的初浅想法，参见徐忠明：《思考与批评：解读中国法律文化》，法律出版社2000年版。

〔92〕有关这一问题的简要回顾，参见徐忠明：“试说中国古代法律制度研究范式之转变”，载《北大法律评论》，法律出版社2001年版，第216—238页。徐忠明：“关于中国法律史研究的几点省思”，载《现代法学》2001年第一期。

民间，尽管讼师形象依然暗晦，可是也不乏机智勇敢的光彩。[93]我相信，在不久的将来，原本侧重官方的法律史叙事与原本侧重民间的法律史叙事，会被整合成为一种更加全面、更加立体、更加成熟的中国法律史叙事范式。[94]

对于用文学作品来研究中国传统法律文化的本稿而言，尚有两个问题需要解释：一是“历史与文学”的关联；二是“法律与文学”的关联。下面，我将做一简要的介绍。

第一，诗词与历史叙事之间的关联。现代学者认为中国的汉族文化没有“史诗”的传统，这是没有问题的；但是，如果我们承认章学诚“六经皆史”的断案是正确的话，那么《诗经》就不仅是“经”同样也是“史”；而且我们同样不能怀疑，《诗经》还是“诗”，属于文学范畴。抛开“诗”作为“经”这一基于文化权力与政治权力而导致的结果不谈，我们依然可以发现，中国古

---

〔93〕关于“讼师”的研究，参见以下成果：陈智超：“宋代的书铺与讼师”，载《刘子健博士颂寿纪念宋史研究论集选编》，日本同朋舍 1989 年版；郭东旭：“宋代之讼学”，载《宋朝法律史论》，河北大学出版社 2001 年版，第 31—47 页；梁治平：《法意与人情》，海天出版社 1992 年版，第 172—181 页；【日】夫马进著，范愉、王亚新译：“明清时代的讼师与诉讼制度”，载滋贺秀三等著，梁治平、王亚新编：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社 1998 年版，第 389—430 页；【美】*Macauley, Social Power and Legal Culture: Litigation Master in Late Imperial China, Stanford University Press*, 1998；戴建国：“宋代的公证机构——书铺”，载《宋代法制初探》，黑龙江人民出版社 2000 年版；邱澎生：“明清讼师的社会文化史：评 Macauley 专书”和“是敌是友？明清司法审判中的讼师与幕友”，打印稿；陈景良：“讼学与讼师：宋代司法传统的诠释”，载《中西法律传统》第一卷，中国政法大学出版社 2001 年版，第 201—232 页；裴汝成：“宋代‘代写状人’和‘写状钞书铺’”，载《半粟集》，河北大学出版社 2000 年版，第 306—315 页。

〔94〕在具体操作层面上，民间法律史资料唐朝之前极为缺乏，不过宋朝以后还是大有可为的。

人每每将“诗”视为一种历史叙事。譬如，孟子说“《诗》亡，然后《春秋》作”；[95] 黄宗羲讲“史亡而后诗作”；[96] 以及《淮南子·汜论训》也说“王道缺而《诗》作，周室废、礼义坏而《春秋》作”。尽管三者的措辞不同，内涵也有差异，不过它们的基本看法却是一致的，亦即“诗”与“史”之间是融通互补的。[97] 另外，观于《诗经》以下的中国古代诗词，就与历史结下不解之缘；譬如唐代的杜甫，就被誉为古典时期“史诗”写作的首要代表。再者，史学大师陈寅恪不仅倡导“诗史互证”的研究方法，而且身体力行，他的《元白诗笺证稿》、《论再生缘》和《柳如是别传》即是典范之作，不仅备受学界关注，[98] 而且影响广泛，余英时《陈寅恪晚年诗文释证》一书可谓代表。[99]

第二，小说与历史叙事之间的关联。现代学者指出：中国古代小说出自历史著述，即使在小说自成一体之后，依然师从历史著述、模拟历史著述，甚至认为小说是历史叙事的补充，以此抬高小说的身份，从而为小说写作建构合法性和正当性的基础。一

---

〔95〕《孟子·离娄下》。

〔96〕《撰杖集·万履安先生诗序》，四部丛刊本。

〔97〕参见韩经太：“传统‘史诗’说的阐释意向”，载《中国社会科学》1999年第三期。

〔98〕有关的评论，参见何新：“陈寅恪学术思想散论”，载《读书》1986年第第五期；汪荣祖：《陈寅恪评传》第八章“为不古不今之学——诗史互证”，百花洲文艺出版社1992年版，第132—142页；刘梦溪：“以诗证史 借传修史 史蕴诗心”，载《中国文化》1990年第三期；胡守为主编：《〈柳如是别传〉与国学研究——纪念陈寅恪教授学术讨论会论文集》，浙江人民出版社1995年版。其他研究文论尚有，不予枚举。

〔99〕余英时：《陈寅恪晚年诗文释证》（增订新版），台湾东大股份有限公司1998年版。此书可以视为运用陈寅恪“诗史互证”之研究方法，释证陈寅恪晚年“心境”的著作。另外，饶宗颐的“穆护歌考”也是“诗史互证”非常博学和精彩的论文。参见饶宗颐：《文辙——文学史论集》，台湾学生书局1991年版。

句话，研究中国小说如果不顾及与历史著述的关系，那就无法探得中国小说的壶奥。小说与历史叙事的关联有三：结构、叙事与修辞。[100] 因此，中国古代小说与历史叙事在“文体”上没有一条绝然的界线，它们的区别仅仅在“实录”与“虚构”上。[101] 事实上，不少小说名著虽然不是历史事实的记录，却往往是以真实的历史事件与历史背景为基础的；譬如，经典名著《三国演义》、《水浒传》和《红楼梦》。[102] 等等，都是例证。非常热衷于编写小说、采集民间歌谣的晚明文人冯梦龙说：“通俗演义一种，遂足以佐经书史传之穷；”[103] 又说：“以《明言》、《通言》、《恒言》为六经国史之辅。”[104] 如今，利用小说、戏曲之类文学的资

---

〔100〕 石昌渝：《中国小说源流论》，三联书店 1994 年版，第 67 页。还可参见以下著述：陈平原：“史传精神与小说笔法”，载《陈平原小说史论集》（下），河北人民出版社 1997 年版，第 1482—1515 页；谭帆：《传统文艺思想的现代阐释》第三章，上海社会科学出版社 1995 年版，第 89—136 页；前揭余国藩：“历史、小说与对中国叙事的解读”，载《北美中国古典文学名家十年文选》，第 348—375页；王德威：《想像中国的方法——历史·小说·叙事》，第 297—314 页；【美】浦安迪：《中国叙事学》第一章“导言”，北京大学出版社 1996 年版，第 3—33 页；王汝梅、张羽：《中国小说理论史》，浙江古籍出版社 2001 年版。

〔101〕 石昌渝：《中国小说源流论》，第 81 页。事实上，已有学者指出：“中国的史文对于‘虚构’与‘实事’从来就没有过严格的分界线。”前揭浦安迪：《中国叙事学》，第 31 页。

〔102〕 之所以《红楼梦》研究曾有“自传说”以及近年“红学”蜕变成为“曹学”这种情形，是因为《红楼梦》本身蕴涵非常丰富的历史真实，而不仅仅是文学真实。不过，在《红楼梦》研究中追求“事事坐实”的作风，是有问题的，也是大煞风景的。因为文学毕竟是文学，虚构与想像才是它的本质属性。

〔103〕 【明】冯梦龙：《警世通言·叙》，上海古籍出版社 1992 年版。

〔104〕 【明】冯梦龙：《醒世恒言·叙》，上海古籍出版社 1992 年版。

料研究历史，也是历史学家非常重视的研究路径，比如翦伯赞、[105] 黄仁宇、[106] 姜伯勤[107] 等等。

这里仅仅标举诗词、小说与历史叙事之间的关系，并不是说，除了诗词和小说，其他文学样式就没有史学研究的价值；在我看来，民间谣谚、戏曲之类均有这一方面的价值，本稿就将杂剧、传奇、说唱；另外，关于文学与法律之间的关系问题，留待下文讨论。

从理论上讲，当代的某些学者对文学叙事与历史叙事之间的界线，已经不再像以往那样看得泾渭分明，而是力图消除两者之间的隔阂。美国学者海登·怀特在《作为文学虚构的历史文本》(The HistoricalText as Literary Artifact) 一文中，对此问题作了非常直率的论述。他说："历史的语言虚构形式同文学上的语言虚构有许多相同的地方，它们与科学领域的叙述不同。"[108] 就实践来看，有位研究中国文学的美国学者指出："小说事实上比儒、道释的'道'和二十四史更能反映中国文化。"[109] 这些意见，都在一定程度上告诉我们，通过中国古代文学作品研究中国历史，不

---

[105] 参见翦伯赞："略论中国文献学上的史料"、"元曲新论"、"桃花扇底看南朝"，"杨家将与杨业父子"等，载《中国史论集》(二)，国际文化服务社 1947 年版。有关的评论，参见许大龄："学习翦老从戏曲小说中搜集和分析史料的治学方法"，载《北京大学学报》(哲社版) 1983 年第三十一期。

[106] 参见黄仁宇："从〈三言〉看晚明商人"，载《放宽历史的视界》，台湾允晨文化实业有限公司 1988 年版。

[107] 参见姜伯勤："从判文看唐代市籍制的终结"，载《历史研究》1990 年第三期。需要指出的是，这里的唐代"判文"是指"拟判"而非"实判"，所以它是虚构。

[108] 参见张京媛主编：《新历史主义与文学批评》，北京大学出版社 1993 年版，第 161 页。

[109] 【美】马克梦著，王维东、杨彩霞译：《吝啬鬼、泼妇、一夫多妻者——十八世纪中国小说中的性与男女关系·中译本序》，人民文学出版社 2001 年版。

仅在理论上，而且在实践上，均是可行的，也是可能的。

从档案到文学

就中国古代法律文化的历史叙事而言，假如我们试图挖掘民间平头百姓的法律生活与法律意识乃至民间社会自发秩序的话，那么，似乎应该把目光转向司法档案与通俗文学一类的“文本”（text）资料，因为在官方正史里我们根本无法“听到”他们的声音。但是，在司法档案与文学的法律故事里，我们可以“听到”原被两造、各级司法官吏、以及“幕后”的讼师、幕友，法律、情理、习惯等围绕案件展开的各种争论，从而形成一种真正的“众声喧哗”的司法场景，倾听和辨析其中的“喧嚣”乃是一项充满学术魅力的工作。

中国古代有关法律的文学叙事是极为丰富多彩的，为着讨论问题的便利，我们可以将其分为以下三类：一是公案小说、戏曲，数量非常之多。二是在各种文学作品中散见的公案故事、法律资料，诸如《三国演义》、《水浒传》、《金瓶梅》、《儒林外史》、《红楼梦》，及“三言”、“两拍”、“一型”等等，也是极其丰富多彩的。三是文人书判，数量非常丰富，仅仅根据《文苑英华》和《全唐文》等资料统计，已经多达 1 200 余种；〔110〕在中国古代以诗文应试，以科举取士的社会里，这是法律文化一种非常独特的研究资料。总之，如果我们以现代眼光看，上述史料涉及举凡法理、刑事、民事、商事、婚姻、家庭与继承，诸如此类，可谓无

〔110〕【日】市原亨吉：“关于唐代的判”，载《东方学报》1963 年第 33 册，第 119—198 页，转见向群：“唐判论略”，载《华学》（第二辑），中山大学出版社 1996 年版，第 359 页。

不包罗，是可以深入、全面挖掘的法律文化研究的资料宝库。〔111〕当然，如果从美国法学家波斯纳关于“对法律的隐含性文学描述”〔112〕的眼光看，中国古代文学中的法律故事恐怕内容还要丰富，范围还要广泛。

需要指出的是，本文研究中国古代的法律与文学，目的并非仅仅为了开拓史料。从当代西方“法律与文学”运动的视野看，这一研究主要涉及法律解释学、法律修辞学、历史法理学；〔113〕换句话说，它涉及“文学中的法律”（*Law in literature*）与“作为

---

〔111〕有关的研究，这里仅举几种：（1）【日】仁井田升：《中国法制史研究·刑法》第十四章“中国の戏曲小说の插画と刑法史料”，东京大学出版会1981年版，第615—675页；《中国法制史研究·法と惯习·法と道德》第三章“旧中国人の言语表现に见る伦理的性格”与第四章“旧中国社会の义理と人情”，东京大学出版会1982年版，第550—581页。(2) *George A. Hayden, Crime and Punishment in Medieval Chinese Drama: Three Judge Pao Plays*, *Harvard University Press*, 1978.（3）张晋藩：“〈红楼梦〉所反映的清朝诉讼制度”，原刊《红楼梦学刊》1980年第二期，收入《求索集》，南京大学出版社1996年版，第323—240页。(4) 徐忠明：《法学与文学之间》，中国政法大学出版社2000年版。其他论文，不便枚举。

〔112〕参见【美】波斯纳著，苏力译：《超越法律》，中国政法大学出版社2001年版，第541—564页。

〔113〕参见【美】波斯纳著，苏力译：《法理学问题》，中国政法大学出版社1994年版，第493—507页。

文学的法律”(*Law as literature*)；[114]其中蕴涵着非常深刻的批判意义——法律叙事的“众声喧哗”对于过去那种法律叙事的“话语霸权”具有解构作用。就本稿的志趣而言，是把法律的文学叙事视为解读中国古代民间法律文化的一种基本材料和途径；所以，这一研究不仅涉及“文学中的法律”，而且也涉及“文学的历史叙事”。

我特别感兴趣并想在近期展开全面研究的是“公案”故事，这就涉及这一特定“主题”类型的文学作品的史学意义。我的基本判断是：公案故事与司法档案之间有着内在的历史关联，也可以说，公案故事其实是从司法档案蜕变出来的一种文学类型。[115]据此，我们不仅要检讨公案故事的民间性和真实性，还要审查司法档案的民间性和真实性。

先看档案判牍。由于档案判牍是政府官吏“制作”的，因

〔114〕对西方的“法律文学”运动，我了解不多，手头只有3本相关著作：(1) *Posner, Law and Literature: A Misunderstood Relation, Harvard University Press*, 1988；(2) *Ward, Law and Literature: Possibilities and Perspectives, Cambridge University Press*, 1995；(3) *Brooks and Gewirtz ed, Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law, Yale University Press*, 1996. 国内学者的评论，参见冯象：《木腿正义——关于法律与文学》，中山大学出版社1999年版，第8—37页；此外，信春鹰的“后现代法学：为法治探索未来”（《中国社会科学》2000年第五期）与胡水君的“‘法律与文学’及其后现代性”、“法律：文本—解释抑或政治—权力?”及“法律与语言文字”（法律思想网）三篇随笔对“法律文学”运动也有简单的介绍和评论。

〔115〕小说史家陈平原指出：“宋元说话中的‘公案’，为后世公案小说提供了故事和人物；至于公案小说的整体结构意识，则另有渊源。从宋元时代分类记录诉讼判决书的《名公书判清明集》等，演变为明代按故事性质分类、录状词和判词而又扩大叙事成分的《廉明公案》，再到减少判词而突出故事，并把判官集中设定为包公的《龙图公案》，公案小说日渐成熟。明清两代，随着大批专门记载清官断狱故事的小说专集出现，公案小说作为一种小说类型方才真正成立。”参见前揭：《陈平原小说史论集》，第1601页。

此，它的官方色彩是无法避免的；与此同时，也难免其被“改写”的命运。不过，档案与实录、正史不同。实录、正史的眼光仅仅“锁定”在帝皇将相身上，而司法档案则是诉讼案件的记录，涉及原被两造的身份是各式各样的；而且，无论如何，小民百姓总是占据绝大多数。据此，这些司法档案也就必然多多少少真实地记载着平头百姓的法律生活，从而也就多多少少如实地反映了他们的法律意识。通过解读这些司法档案，我们不仅可以看到中国古代的司法实践，也能从中体验到平头百姓的法律意识、法律心态——譬如他们因为何种原因对簿公堂？通过官府解决纠纷他们希望得到什么救济？何以他们到衙门打官司每每以“喊冤”或“诉冤”的面目出现？另一方面，我们在强调司法档案的真实性时，还要认真对待它可能“羼杂”的虚构。这是因为，尽管中国古代法律明确规定，司法官吏不得“点窜”原被两造的诉状供词和其他司法文书，而且也有非常严密的司法文书管理制度；再者，一旦违反这些规范，司法官吏还将受到法律的严厉制裁，[116] 故而，这种“点窜”和“改写”的可能应该不会过分严重，也不致普遍存在。但是，由于司法审判活动的背后，都有某种实际利益和道德动机的“唆使”——诸如收受贿赂、官官相护、祈求升迁、严守官箴、司法时限、乃至沽名钓誉之类，无疑都会造成司法官吏有意“点窜”和“改写”诉状供词和其他司法

---

〔116〕譬如清朝“例文”规定：总督、巡抚与按察司使皆不得“借简招之名，故为删改”，并规定即使初次口供真有“意义不明，序次不顺，与情、罪无干碍”文字，也要“就近核正申转，将改本备案，不得发换销毁。违者，依改造口供，故行出入例议处。”参见薛允升：《读例存疑》（重刊本）第5册第49卷，第409之02条，第1233页。引自邱澎生：《明清〈刑案汇编〉的作者与读者》，*http//www.sinic.edu.tw*. 但是这一规定本身已经“泄露”司法官吏对“口供”之类的文书进行“修饰”的秘密。

文书。除此之外，案件事实毕竟需要陈述、需要解释、需要在法律框架下进行重构，法律毕竟需要解释；另外，事实与法律之间的逻辑关系也是通过推理建立起来的。最后，由于语言本身的局限，以及从“口语”到“文言”的翻译活动，也会导致司法档案的某些失真。〔117〕

再看文学文本。尽管“文学文本”不无想像虚构和修饰夸张的成分——这是文学之所以为文学的根本特性；可是，文学叙事毕竟无法完全摆脱社会生活语境的制约，因而它的真实性和可靠性应该不必怀疑。〔118〕另外，中国古代的某些文学样式（譬如话本笔记之类）尚有对日常生活予以“新闻报道”的特点，就此而言，它的真实性、可靠性也就更加不容置疑。顺便指出，即使有些文学作品看似极尽想像虚构与修饰夸张之能事，其实也是一种情感、思想、心态的体现和流露，并非完全失真、了无意义。譬如历来争议颇多、众说纷纭的神话文本《山海经》即是一例。〔119〕然而《山海经》的历史意义似乎是不容忽视的。对此，已经引起学者的关注。换句话说，这种看似极度虚构夸张的文学作品的深

---

〔117〕有关这一问题的讨论，参见【日】唐泽靖彦：《虚构与现实之间：清代诉状中的文本架构》。非常遗憾的是，我未能找到这篇文章。台湾邱澎生先生通过“伊妹儿”告知我文章的基本内容，特此感谢。而我本人在“制作中国法律史：正史、档案与文学”（《学术研究》2001年第六期）里也曾提出类似的看法。前揭邱澎生《明清〈刑案汇编〉的作者与读者》一文对此问题也有仔细的分析。

〔118〕当然，从文学理论上讲，文学的“真实”与历史的“真实”并不相同。不过，我们不必过分夸大它们之间的差异。有时，除了人物、时间、地点无法一一坐实之外，文学作品对于社会生活有着更为细致入微的生动描述，有着更为透彻逼真的抽象概括。这些，都是大而化之的官方历史叙事根本无法比拟的。

〔119〕有关《山海经》引发争议问题的讨论，参见罗志田：“〈山海经〉与近代中国史学”，载《中国大学学术讲演录》，广西师范大学出版社2001年版，第172—184页。

层，也许蕴涵着社会生活里的另外一种“真情实况”。就此而言，通俗文学也是一种历史叙事的有效方式；故而，也是我们据以研究历史的一条可能途径。更何况，一如上文所说的那样，中国古代的通俗文学每每竭力“模拟”历史叙事，以“证史”和“补史”为目标之一。[120] 在叙事细节的丰富性与真实性上，有些比诸正史及档案的记载可能来得更加逼真、更加引人瞩目。在这个意义上，我们可以把它理解为“文史一家”的一种表现。

值得指出的是，虽然中国古代许多“民间文学作品”[121] 都是经过深受儒家思想熏陶的文人学士“改写”乃至径直“创作”的，可是它们的社会基础依然还是民间日常生活；与此同时，它们的叙事视角在一定程度上也是民间的。[122] 这样看来，政府司法档案与民间通俗文学之间，似乎并无不可逾越的界线。如果说得决绝一点或者形而上学一点的话，不论历史叙事还是文学叙事，其实都是关于人类“命运”与“意义”的可能解释，[123] 只

---

〔120〕 这一方面的分析，参见前揭石昌渝：《中国小说源流论》；另见注 99 征引的研究文献。

〔121〕 必须予以说明的是，这里所谓的“民间文学”，主要是指这些作品的“民间性”特征，而不是指一种文学样式。关于“民间文学”的简要辨析，参见【俄】李福清：《神话与鬼话——台湾原住民神话故事比较研究》（增订本），中国社会科学出版社 2001 年版，第 3—10 页。

〔122〕 当然，我们不能把它绝对化，也不可一概而论。对于民间的“讲史”文学来说，作者的视角就不是指向民间社会平头百姓的日常生活——如《三国演义》就是一例；然而，对于数量可观的话本小说来讲，作者的眼光主要还是指向草根社会小民百姓的浮世生活——如《三言》、《二拍》及《一型》之类即是。

〔123〕 赵汀阳说：“关于命运的知识表现为人类的自我认识，”还说：“人类自我认识就是人文知识。”参见赵汀阳：“关于命运的知识”，载赵汀阳主编：《论证》1999 年秋季卷，辽海出版社 1999 年版，第 29 页。这种以解释人类“命运”为志业的人文知识，显然是以文学和历史为主体的。

是它们的解释方式不同而已。[124] 另一方面，无论是历史叙事还是文学叙事，对历史学家来说，也许都仅仅是文本资料罢了，它们之间并无高低优劣可言。在我看来，所谓“文史一家”也可以如此理解，关键要看历史学家用以研究什么问题，以及如何进行研究。

一般而言，司法档案属于原始资料，对于非常强调第一手资料的历史学家来说，它的真实性与可靠性得到充分信赖。尽管一如上面所说，档案资料也有人为“制作”的迹象，也有“污染”的瑕疵。[125] 对于一个以“求真”为要务的历史学家来说，同样必须保持足够的警惕和审慎。而换一个角度来看，就中国法律制度的历史叙事来讲，“从司法档案到通俗文学”之间并无截然不同的性质，可以说，司法档案判牍与公案文学判牍之间的历史事实关联与文体修辞关联非常密切。[126] 一方面司法档案判牍乃是

---

〔124〕 当然，我并非简单认同后现代历史学家譬如怀特所谓“作为文学虚构的历史文本”的说法。因为果真这样的话，将会彻底瓦解历史叙事的固有传统与存在理由，故而我只是试图指出：也许，历史叙事与文学叙事之间并无我们惯常认定的那种绝然不同的界线；更准确地说，我们可以把过去不成问题的历史叙事重新问题化，进而追问“历史是什么?”这个根本问题。

〔125〕 关于档案“污染”问题的一般性议论，参见【美】何伟亚：“档案帝国与污染恐怖——从鸦片战争到傅满楚”，载李陀、陈燕谷主编：《视界》第一辑，河北教育出版社2000年版，第86—109页。即使在讲究程序优先性、正当性和严密性的当代中国司法领域里，通过“制作技术”对案件进行“改写”也非什么稀奇的事情。有关的例子，参见赵晓力：“关系/事件、行动策略和法律的叙事”，载王铭铭、王斯福主编：《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社1997年版，第534—539页。我在阅读部分巴县档案之后，也有这种感觉。参见《清代巴县档案汇编·乾隆卷》，档案出版社1991年版。

〔126〕 关于“公案”小说的法律性与文学性的具体讨论，参见陈大康：《明代小说史》，上海文艺出版社2000年版，第392—403页；吴承学：《中国古代文体形态研究》，中山大学出版社2000年版，第128—136页。这些议论告诉我们，至少“公案”文学是直接源于司法判牍的。

公案文学判牍的源头活水，另一方面司法档案判牍本身也是一种文学文本，它的文学修辞色彩极为鲜明。

从目前所见资料来看，中国古代的判牍文书主要有二：实判与拟判。[127] 所谓“实判”是指衙门制作的具有法律效力的裁判文书，主要包括行政与狱讼两个方面。这种判牍，唐朝以前留传下来的很少，因此，对于它的形式与内容，我们所知甚少；不过，根据现有的考古资料与文献记载——其实，这些资料并非严格意义上的判书，我们还是能够从中推测一二。我的一个初步判断是，与唐代以后的判书大体相同，只是由于书写材料的制约，内容往往比较简约——但是并不绝对；另外，判书的文风也朴实

---

〔127〕 当然，学者的分类不尽相同，但是仔细研读这些分类，可以说是大同小异，故而这里不予辨析。吴承学把判牍分为三种：拟判、实判、杂判。参见前揭《中国古代文体形态研究》，第120页。汪世荣根据判书的学作风格、法律效力与适用对象，把判书分为：（1）骈判与散判；（2）拟判、实判与文学作品中的判词；（3）批词与判词。参见汪世荣：《中国古代判词研究》，中国政法大学1997年版，第5—24页。向群将判牍分为：案判、拟判与花判。参见前揭向群：“唐判论略”，载《华学》（第二辑），第359—363页。刘高礼先把“判牍”分为语判、书判与花判，再将“语判”分为：拟判、实判与骈判、散判。参见“论古代判词的历史发展及写作特征”，载《中南政法学院学报》1990年第二期。

无华。[128]那么，为什么当时的判书（称为法制文书也许更加妥当）“朴实无华”呢？这是一个尚待研究的问题。[129]唐朝以后，判书的留存稍多，[130]南宋《名公书判清明集》。[131]即是著名例

〔128〕有关的资料和研究，参考以下成果：（1）西周时期。胡留元、冯卓慧：《长安文物与古代法制》，法律出版社1989年版；刘海年、杨一凡主编：《中国珍稀法律典籍集成》甲编第一册“诉讼案件”，科学出版社1994年版，第313—340页。（2）春秋至汉代。“江陵张家山汉简〈奏谳书〉译文”，载《文物》1993年第八期和1995年第三期；李学勤：“〈奏谳书〉解说”，载《文物》1993年第八期和1995年第三期；彭浩：“谈〈奏谳书〉中的西汉案例”，载《文物》1993年第八期；彭浩：“谈〈奏谳书〉中秦代和东周时期的案例”，载《文物》1995年第三期；张建国：“关于张家山〈奏谳书〉的几点研究及其他”和“汉简〈奏谳书〉和秦汉刑事诉讼程序初探”，载《帝制时代的中国法》，法律出版社1999年版，第274—314页；此外，甘肃居延考古队简册整理小组：“〈建武三年侯粟君所责寇恩事〉释文”，徐苹芳：“居延考古发掘的新收获”，肖亢达：“〈粟君所责寇恩事〉简册略考”，俞伟超：“略释汉代狱辞文例”，均见《文物》1978年第一期；初仕宾、肖亢达：“居延新简〈责寇恩事〉的几个问题”，载《考古与文物》1981年第三期；张建国：“居延新简‘粟君债寇恩’民事诉讼个案研究”，前揭《帝制时代的中国法》，第315—345页；何勤华：“秦汉时期的判例法研究及其特点”，载《法商研究》1998年第五期。

〔129〕就秦汉而言，当时的文风固然朴质；但是，如果考虑一下“汉赋”的瑰丽堂皇的话，我们必须另找原因。或许，与秦汉“仕进”制度有关？在“刀笔吏”得势的时代，追求判书的华美恐怕不合时宜。

〔130〕唐代的“实判”迄今所见依然不多，而且残缺不全。相关资料，参见前揭刘海年、杨一凡主编：《中国珍稀法律典籍集成》甲编第三册和第四册，收有若干判书；另外，刘俊文：《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》，中华书局1989年版，第436—484页。王震亚、赵荧：《敦煌残卷争讼文牒集释》，甘肃人民出版社1993年版。关于“唐判”的研究，参见向群：“唐判研究”，中山大学博士论文，1994年。

〔131〕参见《名公书判清明集》，中华书局1987年版。

证，明朝颜俊仁《盟水斋存牍》。[132] 和李清《折狱新语》。[133] 也是重要证据，清朝数量更为可观，卷帙浩繁的《刑案汇览》。[134] 与短小精悍的蓝鼎元《鹿洲公案》。[135] 等等，不遑枚举。[136] 如果我们仔细审读这些判牍，可以发现《名公书判清明集》与《刑案汇览》之类的文本，真实性和可靠性较大；相反，蓝鼎元《鹿洲公案》虽然也是真实案件的判决，但是不无修饰润色的痕迹。[137] 而李清《折狱新语》尽管也是实判，不过，它的文学性和修辞性同样一望而知，从一定程度上讲，追求判牍的文学性与修辞性乃是作者努力的目标。因为，如果检阅判牍内容，我们不得不追问：鉴于平头百姓识字无多，而且法律规定司法官吏必须当众宣告判牍；那么，如此文辞华丽、讲究用典的判牍，他们怎

〔132〕【明】颜俊仁：《盟水斋存牍》，明刻本。

〔133〕【明】李清原著，华东政法学院法律古籍整理研究所译注：《折狱新语译注》，吉林人民出版社 1989 年版。

〔134〕【清】祝庆祺等编：《刑案汇览》，图书集成局仿袖珍 1886 年版。

〔135〕【清】蓝鼎元原著，刘鹏云、陈方明译注：《鹿洲公案》，群众出版社 1985 年版。

〔136〕其他判牍资料的简要介绍，参见何勤华：《中国法学史》第二卷的有关章节，法律出版社 2000 年版。关于明代判牍遗存情况的调查，参见【日】滨岛敦俊："明代的判牍"，载中国政法大学法律古籍整理研究所编：《中国古代法律文献研究》第一辑，巴蜀书社 1999 年版，第 196—222 页；童光政：《明代民事判牍研究》，广西师范大学出版社，第 9—22 页。

〔137〕根据《鹿洲公案·序》所说，蓝鼎元是在革职之后"追思往事，择其案件稍异者，笔之成书，为《公案偶记》二卷"的。尽管我们不能遽然断定，这部《公案》必定失真，不过改写润色则是可以推定的。

么能够准确理解？[138] 故而，历史悠久的"读鞫"制度恐怕还是采取"口语"的形式的。如果这样的话，作出这类判牍的官吏，追求的主要还是文学趣味。也正因为如此，这些判牍才会被小心翼翼地保留在官吏的个人文集里。如果我们把它们与采入《文选》、《文苑英华》、《全唐文》及《全宋文》这类文章荟萃的文林大全里的拟判比较一番，也就可以明白文学性和修辞性才是它们得以传世的根本原因。

所谓"拟判"，简单地说，就是对于虚拟的行政事务与司法案件作出的裁断与判决后所撰写的判词。就目前所能见到的资料来看，至少汉朝已有这种做法，董仲舒《春秋决狱》即是例证。[139] 它的盛行，恐怕与唐朝选举制度深有关系。譬如，当时吏部铨选考试的内容是"身、言、书、判"[140] 四项，故而"拟判"主要既是士子为了准备考试而拟作的，也是回答考题而拟作

---

〔138〕 事实上，我们只就运用骈偶对仗、堆砌词章这点进行考查，这种判牍显然已经或多或少地"改写"了案件的固有事实；也就是说，每个案件的事实都是独一无二的，可是经过李清（其他作者亦然）大量援引四书五经以及各类诗文作品的典故构筑起来的案件事实，难免歪曲失真。另外，从口语到文言的转换，也有可能改变案件的真情实况。在我看来，现代学者如果不加反省地、不加批判地肯定这种判牍的"真实"意义，那其研究就并无可取之处。另一方面，恰好说明这种所谓"实判"其实也是一种文学样式或文学文本。其实，在一个以辞赋文章为科举考试科目的社会里，经由科举而做官，把判词当作文章予以润色雕琢，乃是自然不过的事情，不值得大惊小怪。但是，面对这种情形，我们的中国法律史学者却不能无动于衷。

〔139〕 参见程树德：《九朝律考》"汉律考·春秋决狱考"中的有些案例，中华书局1988年版。需要特别指出的是，这些案例究竟是否属于严格意义上的判牍，还是得考虑的。我之所以把它列入判牍，是因为，大体而言，它们包含了判牍的一些基本要素：案由、事实、推理及判断。

〔140〕 参见［唐］杜佑：《通典》卷十五《选举志三》。

的。[141] 需要指出的是，唐代“试判”并非上述一种，王勋成对此有一概括：试判是吏部考试的专项，关试要试判，不过是两条，而且简短；平选常调要试判，也是两条，但是较关试要长，而且难度也大；流外入流也要试判，一般也是两条；平判科和书判拔萃科也要试判，惟有书判拔萃科是三条，而且难度、要求都要超过上述各类试判。[142] 这种样式的判牍，虽然非常强调“文理优长”——亦即文辞畅达与通晓事情、谙练法律、明辨是非，而实际上雕琢堆垛文辞、频繁征引典故，成为这种判牍的特色，譬如张鷟《龙筋凤髓判》。[143] 即是著名例证。相对来说，白居易《百道判》。[144] 的文辞较为朴实，说理也较为明白。[145] 总的说来，无论张判抑或白判，对“文”的雕琢讲究不仅超过了“法”

---

〔141〕关于唐朝“拟判”的讨论，参见前揭吴承学：《中国古代文体形态研究》，第120—124页。

〔142〕王勋成：《唐代铨选与文学》，中华书局2001年版，第295—296页。对这些试判科目的具体分析，参见该书的以下页码，第6—9页、第167—179页、第268—285页、第295—304页。另见向群：“唐代的吏部选与‘试判’”，载《中山大学史学集刊》，中山大学出版社1995年版，第262—287页。

〔143〕【唐】张鷟原著，田涛、郭成伟校注：《龙筋凤髓判校注》，中国政法大学出版社1996年版。

〔144〕【唐】白居易：《白居易集》卷六六—六七，岳麓书社1992年版。

〔145〕参见前揭吴承学：《中国古代文体形态研究》，第121—123页。关于张判与白判的比较分析，还可参见霍存福：“张鷟〈龙筋凤髓判〉与白居易〈甲乙判〉异同论”，载《法制与社会发展》1997年第二期。

的准确运用，而且超过了“事”的仔细分析。[146] 当然，如果我们用来研究唐朝法律文化，无论张判白判还是其他判牍，都有非常重要的资料价值，至少它们能使我们现代读者了解中国古代（比如唐朝）法律考试的基本要求是什么；此外，还能使我们明白中国古代的司法官吏解释法律与分析事实，进而制作判牍文书的方法和技巧；最后，还能让我们有机会体察唐代士人官僚的法律思想，以及判牍涉及的社会现实，包括政治、经济、文化诸多方面。[147]

通过上述简要分析，我们似乎可以这么说，通俗公案文学与判牍文书[148]（无论是否讲究辞藻）有着一脉相承的历史传统；换句话说，公案文学源于判牍文书，因此，不少公案文学作品甚至在案情叙述、援引法律、遣词修辞、分类编制上，也与司法判牍档案非常接近，它们不仅模仿档案判牍，而且抄袭档案判牍。还有，比之张鷟《龙筋凤髓判》及李清《折狱新语》那种辞藻华

---

〔146〕 这个“法”是指法律之理，而“事”是指案件事实之理。在我看来，这些问题均非张判及白判认真关注和详尽检讨的内容——也许这个要求过于现代化；当然，并非全不措意。毕竟，里面也有相关的分析，而且有些还是颇为精到的。正因为如此，所以有的学者认为，张鷟:《龙筋凤髓判》颇能体现“依法断案”的法律（《唐律疏议》）要求，并且“具有较强的封建罪行法定主义的意识，以及将依法定罪的原则性与依例处罚的灵活性有机结合，妥善处理案件的能力。”参见《龙筋凤髓判校注》，第196—197页。

〔147〕 对“唐判”的史学价值，向群在前揭《唐判论略》中作了比较全面的提示，可以参考。

〔148〕 据学者研究，张鷟的:《龙筋凤髓判》就是一部官定判例。参见前揭《龙筋凤髓判校注·简略说明》。

丽的判牍——拟判和实判，有些公案文学作品似乎更像实判。[149]那么，公案文学与判牍又有什么差异呢？我的初步意见是，随着公案文学的发展，它的故事性、虚构性及批判性特点获得了充分的发展。具体地说，第一，就是判牍文书事实部分的内容，经由公案文学的加工，在情节和细节上，都得到了较为全面的充实。譬如，早期的公案故事与判牍文书非常接近，收录大量的告状、诉状、判词。第二，随着公案文学作为一种文学样式的独立形成，故事性、社会性、批判性成为基本的特征，有些作品（元代杂剧）甚至以政治批判与社会批判为重心，成为"控诉"文本。第三，也正是这样，包公才有幸成为平民百姓政治"控诉"的一个象征符号；当然，包公形象具有深刻的两面性与矛盾性，一方面他是帝制时代体现百姓大众意愿的典型代表，另一方面他又是维护帝国政治秩序和礼法秩序的中流砥柱。

综上所述，我们可以发现：第一，所谓历史叙事其实既不那么"客观"也不必然"真实"；换句话说，我们面对的历史只是一种经过精心"制作"而被建构起来的所谓历史。因此，如果我们依然侈谈什么历史研究的"宗旨"就是恢复历史的"本来面目"，恐怕只是一种"高尚梦想"[150]而已。然而真正的问题在于：我们能否任意叙述历史？我的回答是：不行。一如法官面对

---

〔149〕明代余象斗所编《皇明诸司廉明奇判公案》对于法律问题颇为看重，后来续编《皇明诸司公案》虽然对文学多有关注，但是注重法律的特色依然存在。参见前揭陈大康：《明代小说史》，第398—399页。有关两部"公案"小说的具体内容，参见刘世德、竺青主编：《廉明公案·诸司公案·明镜公案》，群众出版社1999年版。顺便一提，这套"古代公案小说丛书"还收有其他多种"公案"小说，可以参考。

〔150〕有关的讨论，参见王晴佳："后殖民主义与中国历史学"，载刘东主编：《中国学术》第三辑，商务印书馆2000年版，第255—287页；另见前揭：《历史的真相》的相关分析。

有待审理的案件，他的工作就是弄清案件的事实；然而这个案件的“真相”必须通过证据才能建构起来。因此，法官的工作纪律就是尊重证据，有一分证据说一分话。[151] 另外，虽然古代的历史学家难免“制作”历史，可是毕竟不是率性胡来。对他们历史叙事的意图，今天的历史学家应该抱持“了解之同情”的态度。即使这样，我们仍然不能断言可以找到历史的真情实况，从而恢复历史的本来面目。这是因为，证据可能已被点窜改写，证据可能并不完备充足；再者，证据是否有效，必须经过历史学家的理解、解释与认可；最后，历史学家也会受到环境影响、知识制约、利益驱动。在我看来，所谓历史的客观与真实，就是历史学家在证据与思想之间寻求一种平衡而得到的结果。

第二，尽管在比较表象的层次上，历史必须叙述真人实事，而文学却可以任意想像创作；然而作为解释人类命运的人文知识，历史与文学其实并无“判然不同”的界线。在我看来，无论历史叙事还是文学叙事，它们的最高境界都是寻求一种人类命运与生活意义的真谛，都是安顿生命的一种文化方式。此外，即使我们把历史视为“客观”与“真实”的记载，而将文学看作“想像”与“虚构”的产物；可是归根到底，人文学科并无自然科学意义上的“客观”可言，换句话说，历史与文学都是“主观”的表达，都是对于社会现象和精神现象的探究与解释。[152] 在这个意义上，两者完全可以沟通。再者，人文学科的真正价值与根本目标，其实并不在于追寻终极的客观知识和事实真相以获得历史

---

〔151〕这是胡适的信条。有关的简要解释，参见胡适：《读书与治学》，三联书店1999年版。

〔152〕关于人文知识性质的讨论，参见前揭赵汀阳：“关于命运的知识”，载《论证》，第29—56页。

真理，而是在于不断地探究历史与我们当下生存境遇之间的生存意义，这是历史与文学得以存在的根本理由。应该承认，历史与文学的基本功能就是如此，我们完全不必另谋他求。

第三，对于本文的研究来说，法律与文学是一个根本的主题，是否可行？我想，就上面稍嫌复杂的分析而言，应该是没有问题的。这是因为，如果说判牍汇聚了法律与文学的双重因素，或者说中国古代判牍之所以成为具有独特价值的法律文本和文学文本，乃是法律与文学双重作用的产物；那么用源于判牍文书的公案文学这一“标本”来检讨中国古代民间性的法律文化，或者说法律文化的小传统，也成为一种内在的必然要求。再者，如果说包公故事业已构成公案文学中的一个重要组成部分，而且成为体现中国古代百姓大众意愿的象征；那么把包公故事当作一个研究对象，无疑是具有重要意义的。最后，尽管包公断狱故事是虚构的产物、想像的结果，但是它的背后仍有非常坚实，极为丰厚的历史、社会、文化的基础。即使纯属虚构、纯属想像，我们还是可以追问：为啥这样虚构？何以如此想像？通过这一追问，我们可以找到一种恰当的方法，从而解读里面蕴涵的平头百姓的法律思想、法律观念、法律意识、法律心态一类的东西。[153]

作为本节的结尾,我还是可以进一步追问:什么是中国法律文化史？如何撰写中国法律文化史？对一个以研究中国法律文化史为志业的学者来说,乃是永恒的话题。这里写下的文字,既不是思考的开始,也不是思考的终结,而仅仅是思考过程的一个环节。

---

〔153〕我的尝试性研究，参见前揭徐忠明：《法学与文学之间》。另外，向群利用“唐判”有关“继嗣”方面的判牍，对士人的礼法观念作了很有意思的讨论。参见“略论唐判所见唐礼法中的继嗣问题”，载《唐文化论集》，上海人民出版社1994年版，第462—474页。